

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES CONTRE-LETTRES

EN MATIÈRE

DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mardi 12 mai 1896 à 3 heures et demie, du soir

PAR

A. FROGER

ANGERS

IMPRIMERIE A. BURDIN

4, RUE GARNIER, 4

—
1896

DES CONTRE-LETTRES

EN MATIÈRE DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

ANNÉE SCOLAIRE 1895-1896

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. *),

PROFESSEURS :

MM. CAREL (*, I. *, *), professeur de *Code civil*.

TOUTAIN (*, I. *), professeur de *Droit administratif*.

DANJON (I. *), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. *), professeur d'*Économie politique* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (méd. mil^{re}, A. *), professeur de *Droit romain*.

GUILLOUARD (I. *, *), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. *), professeur de *Code civil* (élu député du Calvados).

CABOUAT (I. *), professeur de *Procédure civile*, chargé des cours de *Droit international public et privé* et de *Législation industrielle*.

GAUCKLER (I. *), professeur de *Droit romain*, chargé du cours d'*Histoire du droit public français* (Doctorat).

MARIE (I. *), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours d'*Éléments du droit constitutionnel*.

AGRÉGÉS :

MM. Ambroise COLIN (A. *), chargé d'un cours de *Code civil*, en remplacement de M. Lebreton, et du cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

BIVILLE, chargé des cours de *Procédure civile* et de *Voies d'exécution*.

GRANDMOULIN, chargé du cours d'*Histoire des Doctrines économiques* et du cours d'*Economie politique* (Doctorat).

BOUVIER, chargé de cours d'*Histoire du droit* (Licence et Doctorat).

SECRÉTAIRE :

MM. GILLET (I. *), secrétaire du Conseil général et du Corps des Facultés de Caen.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES CONTRE-LETTRES

EN MATIÈRE

DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le mardi 12 mai à 3 heures et demie du soir

PAR

A. FROGER

ANGERS

IMPRIMERIE A. BURDIN

4, RUE GARNIER, 4

—
1896

JURY D'EXAMEN

MM. R. TOUTAIN, *professeur*, président de la thèse.

LAISNÉ DES HAYES, *professeur*.

R. BIVILLE, *agrégé*.

BIBLIOGRAPHIE

ANCIEN DROIT

- D'ARGENTRÉ. — *Coutume de Bretagne*.
BLONDEAU. — *Journal du Palais*.
BRILLON. — *Dictionnaire des Arrêts*.
DOMAT. — *Loix civiles*.
J. DUFRESNE. — *Journal des principales audiences du Parlement*.
DUNOD DE CHARNAGE. — *Traité des Prescriptions*.
ISAMBERT. — *Recueil des Anciennes lois françaises*.
LOYSEAU. — *Droit des offices*.
POTHIER. — *Traité des obligations. Traité de la « conditio indebiti »*.

DROIT ACTUEL

- AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français*.
BALLOT. — *Revue de droit français et étranger*, année 1847.
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*.
BÉDARRIDE. — *Traité du dol et de la fraude*, t. III.
DE LA BIGNE DE VILLENEUVE ET HENRY. — *Éléments de droit civil*.
BLOCK. — *Dictionnaire de l'Administration française*, v^o Fonctionnaire.
BOZÉRIAN. — *Revue Pratique*, février 1858.
CHAVEGRIN. — Note dans Sirey, 1892, 1. 449.
E. CLERC. — *Formulaire général du Notariat*.
COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*.
DALLOZ. — *Répertoire et Supplément*, v^o Office.
— *Recueil périodique*. — *Code civil annoté*.
DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*.
DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil*.
Dictionnaire du Notariat, v^o Office et Supplément.
Dictionnaire des droits d'enregistrement.

- E. DUBOIS. — *Journal du Palais*, note 1874, p. 624.
E. DURAND. — *Des Offices*, 1863.
DURANTON. — *Cours de droit français*.
DUVERGIER. — *Revue étrangère et française*, articles mai et juillet 1840.
FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil*.
GARNIER. — *Répertoire de l'Enregistrement*.
GENREAU. — *Revue Critique*, t. III, année 1853.
GÉRARDIN. — *De la transmission des offices ministériels*, thèse, 1886.
GILLET. — *Analyse des circulaires ministérielles*.
GREFFIER. — *Des cessions et suppressions d'offices*.
GUIGOU. — *Des obligations naturelles*, thèse, 1893.
GUILLOUARD. — *Traité des contrats aléatoires*.
Journal du notariat.
Journal du Palais. — *Recueil périodique et Répertoire*, v^o Office.
LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*.
LAURENT. — *Principes du droit civil français*.
MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code civil*.
MERLIN. — *Répertoire et Questions de droit*.
MEYNIAL. — Note dans Sirey, 1890, 2, 97.
PERRIQUET. — *Traité théorique et pratique de la propriété et de la transmission des offices ministériels*, 1874.
LE POITTEVIN. — *Traité pratique des cessions, créations, translations et suppressions d'offices*, 1893.
SIREY. — *Recueil général des lois et arrêts et Tables*.
TESNIÈRES. — *Des contre-lettres*, thèse, Caen, 1887.
TEYSSIER-DESFARGES. — *Revue de droit français et étranger*, août 1846.
TOULLIER. — *Cours de Code civil*.
TROPLONG. — *Traité des obligations*.
ZACHARIÆ. — *Le droit civil français annoté par MM. Vergé et Massé*.
-

DES CONTRE-LETTRES

EN MATIÈRE DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

INTRODUCTION

HISTORIQUE

1° ANCIEN DROIT

Les contre-lettres, en matière de cessions d'offices, ne furent pas en usage dès l'origine de la vénalité des charges; car les possesseurs d'offices n'eurent aucun intérêt à dissimuler une partie du prix de leur charge jusqu'au moment où une limite fut imposée à ce prix. Mais on peut dire que, à partir de cette époque, il y eut la plupart du temps deux contrats : un contrat public fait pour être présenté à l'autorité compétente, et une seconde convention destinée à rester secrète entre les parties.

Jusqu'au milieu du xv^e siècle le prix des offices n'eut d'autre limite que la volonté du cédant et du cessionnaire; ce prix était parfois très élevé, car certains officiers, ayant

reçu du roi un titre nu qu'ils avaient fait fructifier, tenaient à se faire payer les efforts que leur avait coûtés la formation d'une belle clientèle. L'avidité avec laquelle les offices furent recherchés pendant trois siècles fit aux titulaires une situation très avantageuse, et la somme versée primitivement aux parties casuelles lors de l'achat se trouva de beaucoup dépassée. De là naquirent des abus que les rois voulurent réprimer.

Un premier édit de décembre 1665 fixa le prix des offices des cours souveraines et défendit de le dépasser « en quelque sorte et manière que ce pût être, sous peine pour les résignataires d'être à jamais incapables de tenir et exercer aucun office de judicature, et, en outre, de la perte entière du prix de l'office, qui sera portée, moitié par le résignant, moitié par le résignataire, applicable à l'Hôpital général ».

Pour mieux assurer l'exécution de ces dispositions et éviter toute augmentation de prix, un autre édit du mois de juillet 1669 déclare que, «...vacation arrivant desdits offices par résignation, décès ou autrement, les porteurs des résignations, démissions ou nominations, les mettront es-mains du trésorier de nos revenus casuels, qui sera tenu, quinzaine après, de leur nommer une personne par nous choisie, pour leur en payer le prix réglé par l'édit du mois de décembre 1665, sans aucune augmentation; pour, en conséquence du payement qui sera par elle fait, lui être toutes les lettres de provision expédiées dans la manière accoutumée... » Suivent des dispositions particulières aux cas : 1° où le roi ne voudrait pas nommer aux offices tout en rendant les résignations; 2° où le roi ne voudrait même pas rendre les résignations.

Par des lettres patentes sur un arrêt du 27 novembre

1671, enregistrées le même jour, « le Roy, informé des contraventions qui sont apportées aux édits déjà publiés, déclare sa volonté expresse que les édits de 1665 et 1669 soient exécutés et que le prix des offices fixé par ces édits ne puisse être dépassé en quelque sorte et manière que ce puisse être ».

Malgré toutes ces prohibitions, les possesseurs d'offices réussirent, au moyen de traités secrets, à se faire payer, au delà des limites permises, leur *procuratio ad resignandum*, leur résignation en faveur. Les édits de 1665 et 1669 restèrent sans application sérieuse jusqu'à l'arrêt de Règlement du 7 décembre 1691, par lequel le Parlement de Paris ordonna « que les contre-lettres et autres actes qui seraient passés à l'avenir contre ce qui serait porté dans les quittances ostensibles demeuraient nuls et de nul effet et valeur, sans préjudice au Procureur général du Roy de prendre telles conclusions contre lesdits officiers et autres qu'il avisera ».

Il faut croire que les mesures ordonnées ne suffirent pas pour empêcher l'élévation du prix des offices, puisqu'un nouvel arrêt de Règlement (1), constatant que la loi se trouve impuissante si l'exécution n'en est affirmée par des peines rigoureuses, fit défense de vendre des pratiques au delà de l'estimation qui en aurait été faite et de faire aucun traité ou convention, par écrit ou verbalement, pour augmenter directement ou indirectement le prix de ladite estimation, « à peine de nullité et de confiscation, moitié au profit de l'Hôtel-Dieu et de l'Hôpital général, moitié au profit des pauvres », et d'exclu-

(1) Du 8 août 1714, sur les conclusions du Procureur du Roi, Joly de Fleury.

sion pour un temps ou pour toujours des charges de procureurs contre les contrevenants.

Mais déjà, par l'édit du mois de décembre 1709, Louis XIV avait révoqué (1) la fixation faite en 1665 du prix des offices des cours souveraines et laissé le champ libre au bon plaisir des propriétaires. Aussi, malgré le Règlement dont nous venons de parler, les contre-lettres servirent couramment à dissimuler le vrai prix des charges et des pratiques. C'est en vain que l'édit de 1709 fut à son tour révoqué par un autre édit du mois de septembre 1724, confirmé par l'édit de février 1771 en termes précis : « Aucun office ne pourra être vendu, soit en justice, soit autrement, au delà de la fixation portée par les rôles..., sous telle peine qu'il appartiendra suivant l'exigence des cas; et, à l'égard des offices qui pourraient être acquis en nos revenus casuels pour la première fois depuis leur création, voulons pareillement qu'ils ne puissent être vendus par la suite au-dessus de la finance pour laquelle ils seront acquis, qui en formera la fixation définitive et sur le pied de laquelle ils seront portés dans lesdits rôles et état général. »

Cette disposition fut rappelée par les édits d'octobre 1781 et de janvier 1782 portant création d'offices de receveurs généraux et particuliers, et déclarant nulles toutes conventions contraires.

Par le même édit de 1771, dont nous venons de parler, le roi affirmait son droit de nommer aux offices telles personnes qu'il jugerait convenables, à la charge pour celle qui serait nommée de rembourser au propriétaire de la charge le prix contenu aux actes de résignation,

(1) Cette révocation eut pour but de dédommager les grands officiers des sacrifices que le Roi leur avait demandés.

prix qui ne pourrait dépasser la somme portée au rôle et état général.

Ce même principe fut rappelé par l'article 17 de l'arrêt du Conseil du 6 juillet 1772.

De ce qu'elles furent si souvent interdites et énergiquement prohibées, on peut conclure que les contre-lettres, dans la matière qui nous occupe, devaient être fréquentes ; mais, dans la jurisprudence antérieure à 1789, on ne voit aucun arrêt indiquant que les nullités édictées aient été sérieusement appliquées. On peut même trouver la preuve que les fixations de prix portées par les édits ne furent jamais admises en pratique, dans les observations rédigées en 1714 par les notaires de Paris, aux termes desquelles « les différentes fixations ordonnées... n'eurent jamais une véritable exécution ».

2° DROIT INTERMÉDIAIRE

Nous comprendrons dans l'époque intermédiaire la période commençant à la suppression des offices par l'Assemblée Constituante et terminée par la loi du 28 avril 1816.

La loi du 4 août 1789 déclara que la vénalité des offices de judicature et de municipalité était supprimée « dès cet instant ». L'Assemblée employa des expressions moins énergiques pour les simples ministres de justice et se contenta d'insérer dans la Constitution du 3 septembre 1791 « qu'il n'y avait plus ni vénalité ni hérédité d'aucun office public ».

Mais la loi du 29 septembre-6 octobre 1791 vint bientôt reconnaître aux notaires le droit de disposer de leurs

minutes et de céder leurs recouvrements à leurs successeurs. Les notaires et les autres officiers ministériels en profitèrent pour faire payer à ceux qui devaient leur succéder (les premiers de la liste) le prix de leur office et de leur clientèle sous le couvert d'une cession de minutes. La cession des minutes et des recouvrements fut de nouveau autorisée par la loi organique du notariat du 25 ventôse an XI.

La propriété des offices, et par conséquent la légitimité de leur cession, fut même consacrée par plusieurs dispositions législatives : un décret du 19 mars 1808, une décision du ministre des Finances du 31 mai 1808. La jurisprudence pendant le même temps déclarait illégitime la vente du titre, mais non celle de la clientèle⁽¹⁾.

Ainsi, en théorie, la vénalité est abolie; en pratique, elle subsiste, et, n'ayant pas de limites légales, elle n'a aucune raison de se dissimuler au moyen de traités secrets.

3° DROIT MODERNE

La loi du 28 avril 1816 ne fit donc, en établissant le droit de présentation, que donner une existence légale aux cessions d'offices ministériels.

Une circulaire du 21 février 1817, adressée par le garde des sceaux Pasquier aux procureurs du roi, indiqua les limites auxquelles pouvait être porté le prix des offices et menaça de destitution tout officier qui au-

(1) Paris, 12 octobre 1815; D., *Anc. Rép.*, t. X, p. 472; — Bordeaux, 27 janvier 1816; D., *Anc. Rép.*, t. X, p. 473; — Paris, 11 fructidor an XIII; D., *Anc. Rép.*, t. II, p. 208.

rait, pour obtenir son admission, produit un traité simulé. Il était, en effet, facile de prévoir que, l'État affirmant son droit de contrôle et posant des limites au prix des offices, les officiers cédants auraient intérêt à dissimuler les véritables conditions de la cession pour peu qu'ils eussent à craindre un refus de l'autorité compétente.

La jurisprudence a souvent statué en matière de contre-lettres; nous aurons plus tard à examiner ses fluctuations et la légitimité de ses décisions.

Il y a peu de documents législatifs sur la question. La loi de 1816 promettait qu'il serait statué par une loi particulière sur le droit de présentation accordé aux officiers ministériels, loi qui en déterminerait la nature et les limites. Cette loi est encore à venir, et la question n'a point été tranchée par la loi de finances du 25 juin 1841 ni par la loi du 18 juillet 1866, qui, tout en reconnaissant la propriété des offices, ne règlent en rien les conditions de cession.

En matière de contre-lettres, deux rapports furent présentés à la Chambre des députés : le premier, le 15 février 1845; le second, le 8 mai 1847.

En 1845, les Chambres, en passant à l'ordre du jour, déclarèrent qu'elles ne pouvaient être appelées à apprécier le préjudice que la jurisprudence annulant les contre-lettres en matière d'offices a pu causer au vendeur (1).

En 1848, une pétition, déposée à la Chambre des députés, ayant demandé l'abrogation par une loi formelle de l'action en répétition des suppléments de prix payés jusqu'à cette époque, la Chambre, sur les conclusions

(1) D. P., 45, 3. 34.

de sa Commission, passa à l'ordre du jour en rendant hommage aux intentions du pétitionnaire (1).

Au cours du xix^e siècle, surtout de 1830 à 1840, de nombreuses réclamations furent soulevées par l'exagération du prix des charges. Cette exagération échappait généralement au contrôle du gouvernement, parce que les traités de cessions produits n'étaient pas sincères; si bien que M. Eugène Durand écrivait, en 1863 (2) : « On pourrait peut-être, sans trop de témérité, affirmer que, parmi les traités présentés chaque jour au gouvernement, il n'en est pas un seul qui contienne le prix véritable de la cession. » Si l'on en juge par le nombre des contestations dont les contre-lettres furent l'objet, jusqu'en 1866 (3) surtout, on peut être amené à penser que M. Durand avait raison. Mais nous croyons que les traités secrets sont actuellement d'une pratique moins constante, tant à cause de la jurisprudence qui semble les frapper indistinctement de nullité qu'à cause des poursuites disciplinaires dont elles peuvent être l'occasion.

(1) D., 47, 3. 128.

(2) *Des offices considérés au point de vue des transactions*, édition 1863, p. 388.

(3) Depuis cette époque, les demandes en restitution sont devenues plus rares.

CHAPITRE PREMIER

DES CONTRE-LETTRES EN GÉNÉRAL

Avant d'entrer dans l'exposé de la théorie des contre-lettres en matière de cessions d'offices, et pour bien faire ressortir le caractère exceptionnel des règles consacrées par la jurisprudence en cette matière, il nous a semblé utile de rappeler rapidement quel est, sous l'empire du Code civil, le droit commun applicable aux contre-lettres en général.

Aux termes de l'article 1321 du Code civil, « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Voyons donc rapidement :

1° Ce qu'on entend par contre-lettres en général;

2° Quel est leur effet : *a*) entre les parties; *b*) contre les tiers.

SECTION PREMIÈRE

QU'ENTEND-ON PAR CONTRE-LETTRES EN GÉNÉRAL?

Le Code ne donne point de définition de la contre-lettre. Tous les auteurs se sont efforcés de combler cette

lacune et sont d'accord pour reconnaître à la contre-lettre les caractères suivants : 1° modification d'un acte apparent ; 2° identité entre les parties ; 3° but de simulation. Nous adopterons la définition donnée par MM. Aubry et Rau qui nous semble une des plus complètes. « On entend par contre-lettre en général, disent-ils, un écrit destiné le plus souvent à rester secret, par lequel les signataires déclarent que les conventions ou déclarations consignées dans un autre acte passé entre eux ne sont pas sérieuses ou qu'elles ont eu lieu sous certaines clauses et conditions qui ne sont pas énoncées dans cet acte, et rétractent ainsi ou modifient ces conventions ou déclarations » (1).

Il n'est pas toujours facile de décider si un acte contient simplement des clauses additionnelles d'une convention précédente ou modifie vraiment cette convention et constitue une véritable contre-lettre. Cette appréciation appartient au juge du fond qui peut décider souverainement du caractère de l'acte qui lui est proposé (2).

Bien que l'article 1321 soit placé sous la rubrique *Du titre authentique*, il est admis, en doctrine et en jurisprudence, qu'une contre-lettre peut être rédigée par acte authentique ou par acte sous seing privé, et se rapporter également, soit à un acte authentique, soit à un acte sous seing privé. On doit même y assimiler tous aveux, déclarations et reconnaissances purement verbales ayant pour but de modifier des actes antérieurs.

Les conditions de validité des conventions en général sont applicables aux contre-lettres qui sont soumises,

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 756 bis, p. 263.

(2) Demolombe, t. XXIX, n° 310.

lorsqu'elles sont sous signature privée, à la formalité du « fait double » ou du « bon » ou « approuvé », et qui peuvent être annulées si elles sont atteintes d'un des vices de fond qui entraînent la nullité des conventions. En matière de contrats de mariage, le Code exige, à peine de nullité, des conditions spéciales contenues dans les articles 1396 et 1397.

Nous avons dit qu'un des caractères des contre-lettres est qu'elles doivent être passées entre les mêmes parties qui ont conclu les actes apparents, et que, la plupart du temps, leur but est de tromper les tiers. De là les effets que leur fait produire le Code et que nous allons rapidement passer en revue.

SECTION II

EFFET DES CONTRE-LETTRES.

§ 1^{er}. — Entre les parties

« Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes » (art. 1321). Elles ont effet entre les parties, parce qu'elles contiennent leurs véritables conventions. Une difficulté s'était élevée pourtant sur ce point à cause d'une loi du 22 frimaire an VII, dont l'article 40 portait que « toute contre-lettre faite sous seing privé, qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous seing privé précédemment enregistré, est nulle et de nul effet, » non seulement à l'égard de l'enregistrement, mais aussi entre les parties. « L'article 40, disait

Merlin (1), contient une disposition spéciale que la disposition générale de l'article 1321 n'atteint pas : *Generalia specialibus non derogant* ; et un certain nombre d'auteurs déniaient ainsi, par application de ce principe, tout effet à une catégorie très nombreuse de contre-lettres : celles qui ont pour but de dissimuler à la régie une partie d'un prix de vente.

Cette opinion, est aujourd'hui abandonnée ; sa condamnation ressort très clairement des travaux préparatoires du Code et de la discussion à laquelle donna lieu au Conseil d'État la rédaction de l'article 1321. En effet, M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, ayant voulu faire proscrire absolument l'usage des contre-lettres, Tronchet proposa la distinction suivante : une contre-lettre doit être valable entre les parties et nulle à l'égard des tiers ; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte, qui est à son égard frappé de nullité ; et c'est précisément cette distinction que la Section de législation a sanctionné en rédigeant l'article 1321 qui ne figurait pas au projet primitif. Nous poserons donc en principe, avec la doctrine et la jurisprudence actuelles que, en matière ordinaire, une contre-lettre est valable entre les parties contractantes, comme toute autre convention, et produit cet effet, soit qu'elle émane des parties elles-mêmes, soit qu'elle ait été consentie par leurs représentants conventionnels ou légaux.

§ 2. — Effet vis-à-vis des tiers

Les contre-lettres « n'ont point d'effet contre les tiers » (art. 1321).

(1) Merlin, *Questions de droit*, v^o *Contre-lettre*, § 3.

Pour analyser cette formule, nous rechercherons :

1° Ce que le Code entend ici par le mot *tiers* ;

2° En quoi consiste l'absence d'effet *contre* les tiers .

1° SENS DU MOT « TIERS » DANS L'ARTICLE 1321. — Aux termes de l'article 1165, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; le législateur a-t-il seulement voulu rappeler cette règle dans l'article 1321 ?

Le but de l'article 1321 est de mettre à l'abri des conséquences d'une convention secrète qu'ils ont ignorée tous ceux qui ont intérêt à la connaître et à la repousser. L'article 1165 désigne par *tiers* les personnes absolument étrangères aux relations juridiques qu'une convention a produites entre les parties et qui ne sont pas les ayants-cause de celles-ci (1). L'article 1321 entend, au contraire par *tiers* tous ceux qui n'ont point figuré à la contre-lettre et, n'étant pas héritiers ou successeurs universels des parties contractantes, ont intérêt à repousser, en ce qui les concerne, les stipulations de cette contre-lettre ; ce sont, en somme, les ayants-cause à titre particulier des contractants que nous classerons ainsi : les acquéreurs, les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires.

a) *Acquéreurs*. — Au point de vue des ventes immobilières, l'article 1321 a perdu de son intérêt depuis la loi de 1855 sur la transcription. En vertu de cette loi, celui qui a acheté un immeuble du propriétaire [apparent et fait transcrire son titre est à l'abri de toute poursuite de la part de celui qui, se prétendant vrai propriétaire en vertu d'une contre-lettre non transcrite, revendiquerait comme sien l'immeuble vendu.

(1) De la Bigne de Villeneuve et Henry, *Cours de droit civil*, t. II, p. 1157.

L'article 1321 peut toujours être utilement invoqué dans les ventes mobilières, quand le possesseur n'est pas protégé par la prescription de l'article 2279.

b) *Créanciers hypothécaires*. — Ils peuvent être assimilés en tout point aux sous-acquéreurs qui ont transcrit leurs titres.

c) *Créanciers chirographaires*. — L'application de l'article 1321 aux créanciers chirographaires a donné lieu à une difficulté diversement résolue dans la doctrine et la jurisprudence. Deux systèmes sont en présence :

1^{er} *Système*. — Les créanciers chirographaires ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur dont ils ont suivi la foi, et doivent subir l'effet que produisent ses actes sur son patrimoine. Ils ne sont, par conséquent, pas au nombre des tiers dont parle l'article 1321 et peuvent se voir opposer efficacement la contre-lettre.

Le premier système, que nous retrouvons dans un arrêt de Cassation du 23 mai 1870 (1), paraît définitivement abandonné par les tribunaux et les auteurs.

2^e *Système*. — D'après la seconde opinion, au contraire, les créanciers chirographaires sont des tiers au sens de l'article 1321 ; car cet article a pour but de protéger tous ceux qui ont pu être trompés par l'existence de la contre-lettre ; et, précisément, les créanciers chirographaires, proportionnant leur crédit à la fortune apparente de leur débiteur, ont plus besoin que tous autres d'être protégés contre les actes secrets qui pourraient leur causer un préjudice considérable (2).

(1) D., 71, 1. 109.

(2) En ce sens, Colmet de Santerre, t. V, n° 283 bis, VII ; — Aubry et Rau, t. VIII, § 756 bis, p. 268 ; — Laurent, t. XIX, p. 191 ; — Cass. 8 mars 1893, S. 93, 1. 193 et les renvois.

Toutefois, si les tiers ne peuvent pas se voir opposer la contre-lettre dont ils ignorent l'existence et les stipulations, ils peuvent s'en prévaloir, s'ils y trouvent un avantage et sont admis à en faire la preuve par tous les moyens. Par exemple, les créanciers chirographaires d'un vendeur seraient certainement admis à réclamer le supplément de prix stipulé par une contre-lettre et que l'acheteur n'aurait pas encore payé.

Telle est, en résumé, l'interprétation généralement adoptée de l'article 1321 du Code civil : les contre-lettres produisent entre les parties le même effet que toute autre convention licite, mais ne peuvent être opposées aux tiers. Par *tiers*, le Code entend ici les ayants-cause à titre particulier des parties, et spécialement les créanciers chirographaires.

Le principe étant ainsi posé, faisons une application. Par un acte authentique, une personne vend un meuble à une autre ; mais les deux tiers du prix seulement sont portés dans cet acte ; l'autre tiers est stipulé et promis par une contre-lettre sous signature privée. Le vendeur pourra exiger, non seulement la partie du prix portée dans l'acte ostensible, mais aussi celle portée dans l'acte resté secret. Telle est l'espèce qui se rapproche le plus d'une vente d'office, car le droit de présentation accordé par la loi de 1816 aux officiers publics et ministériels est mobilier, et la cession d'un office est la vente d'un meuble. Mais c'est une vente d'une nature très particulière, et nous allons voir que, spécialement en matière de contre-lettres, elle s'écarte absolument des règles du droit commun que nous venons d'exposer.

CHAPITRE II

NULLITÉ DES CONTRE-LETTRES EN MATIÈRE DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

En matière de cessions d'offices, on entend par *contre-lettre* tout traité secret qui modifie d'une façon quelconque le traité ostensible soumis à l'approbation du gouvernement et spécialement les suppléments de prix stipulés en dehors du prix déclaré à la Chancellerie.

La validité de ces contre-lettres a donné lieu à de longues discussions et n'est plus admise aujourd'hui. Nous sommes donc en présence d'une dérogation au droit commun dont nous examinerons les motifs.

Dans trois sections nous répondrons à trois questions principales :

Section I^{re} : Les contre-lettres produisent-elles une obligation civile ?

Section II^e : Les contre-lettres produisent-elles une obligation naturelle ?

Section III^e : L'efficacité des contre-lettres ne peut-elle être soutenue au nom de certaines maximes empruntées à la législation romaine ?

SECTION PREMIÈRE

LES CONTRE-LETTRES PRODUISENT-ELLES UNE OBLIGATION CIVILE?

Pour résoudre cette question, il importe de préciser quels sont les caractères particuliers de la propriété des offices, et comment le gouvernement est appelé à exercer son contrôle sur l'usage que fait de cette propriété le titulaire lorsqu'il exerce son droit de présentation. Nous étudierons successivement :

§ 1^{er}. *Nature du droit du titulaire d'un office ;*

§ 2. *Théorie du droit de présentation ;*

§ 3. *Controverse sur la validité des contre-lettres modifiant le traité ostensible.*

§ 1^{er}. — Nature du droit du titulaire d'un office

Un seul texte, dans notre législation actuelle, règle la transmission des offices ; c'est l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, qui est ainsi conçu : « Les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs, pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette disposition et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayants-cause desdits officiers. » Le droit de présentation accordé aux officiers ministériels leur permettait désormais de céder ouvertement leur office, en se faisant payer leur « démission en faveur » par celui qu'ils présentaient à l'agrément du roi. Avant la loi de 1816,

les officiers déguisaient la vente de leur charge au moyen d'une vente de minutes; après cette loi, ils vendirent leur droit de présentation, et la vénalité des offices eut de nouveau droit de cité dans notre législation.

Le droit de présentation fut accordé aux officiers ministériels comme compensation d'une augmentation de cautionnement fixé par un tarif annexé à la loi de 1816. Ce fut le motif avoué. On peut voir là, avec M. Jeannest-Saint-Hilaire (1), « l'acquit d'une dette d'honneur de la vieille monarchie »; avec M. Dard (2), « une mesure politique tendant à la fixation et à la conservation des offices dans les familles qui en étaient alors en possession », en même temps qu'une mesure financière nécessitée par les embarras du Trésor. Mais, avant tout, ce fut la consécration légale d'un état de choses existant, toléré par l'Empire (3), admis par la jurisprudence (qui, tout en déclarant nulles les ventes de titres, validait les conventions relatives à la clientèle), mais qui n'avait rien de stable, exposé qu'il était à l'éventualité de revirements possibles dans les dispositions du pouvoir et l'appréciation des corps judiciaires. Aussi l'article 94 précité fut voté sans difficulté, d'autant plus qu'il semblait ne régler que provisoirement la transmission des offices. Son second alinéa porte, en effet, qu'« il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de ces dispositions et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayants-cause desdits officiers. La loi promise en 1816 est encore attendue; les décisions de la jurisprudence et les actes de la Chancellerie seuls ont donné aux transactions dans cette matière spéciale un peu de stabilité et de certitude.

(1) *Du notariat*, p. 96.

(2) *Des offices*, p. 321 et 324.

(3) Décret du 29 mars 1808; Décision ministérielle du 31 mai 1808.

Toutefois, la nature du droit qui appartient au titulaire d'un office est assez nettement indiquée par diverses ordonnances. Les deux premières, en date du 29 juin et du 22 juillet 1816, relatives aux agents de change, expliquent que les articles 90 et 91 de la loi de 1816 accordent aux titulaires le droit de *disposer* de leurs offices avec l'agrément du roi, et que, dans le cas de *transmission* prévu par l'article 91, les agents de change et courtiers de commerce pourront présenter leurs successeurs. D'autres ordonnances du 12 février 1817-19 janvier, 11 et 23 février, 3-19 et 24 mars, 6 et 4 avril, 12 mai et 28 juillet, 2 août et 13 septembre 1820, emploient les mêmes termes. *C'est donc bien un droit de propriété que la loi de 1816 a entendu reconnaître aux titulaires d'offices.*

De nombreux documents parlementaires ont trait à la propriété des offices.

En 1832, la loi de finances du 21 avril fixe le droit à percevoir sur les traités de cessions, droit modifié par la loi de finances du 25 juin 1841.

Dans le rapport précédant une ordonnance du 4 janvier 1843, nous relevons la phrase suivante : « Le gouvernement regarde aussi, comme hors d'atteinte, le droit de transmission des offices créé par la loi du 28 avril 1816. » Et dans la séance du 21 septembre 1848, le député Santayra déclara qu'il tenait à constater que la propriété des offices était placée comme toutes les autres, sous la protection de l'article 91 de la Constitution. Cette proposition fut développée dans la séance du 19 décembre 1848 par le représentant Arbey, dont les conclusions furent adoptées par l'Assemblée.

Les officiers ministériels ont donc incontestablement un droit de propriété sur leur office. La jurisprudence

est toute en ce sens, malgré les prétentions émises par M. le garde des Sceaux dans sa circulaire du 21 février 1817 : « Vous êtes sans doute bien convaincu, M. le Procureur du Roi, disait-il, que la loi du 28 avril 1816 n'a pas fait revivre la vénalité des offices, qui n'est pas en harmonie avec nos institutions; vous ne devez voir, dans les dispositions de l'article 91, qu'une condescendance, qu'une probabilité de préférence accordée aux officiers ministériels ».

Du reste, le gouvernement, en 1848, en 1852, en 1856, a constamment admis le droit de propriété des offices; il en a tiré les conséquences en accordant aux courtiers de commerce, supprimés par la loi du 18 juillet 1866, une indemnité dont le montant était réglé d'après le prix moyen des offices cédés dans les sept années antérieures au 1^{er} juillet 1864.

Cette reconnaissance législative, si souvent manifestée, du droit de propriété des officiers publics et ministériels est, d'ailleurs, conforme à tous les principes du droit naturel et de l'équité. Le travail étant le principal fondement du droit de propriété, il est tout juste que le travail du notaire le conduise à la propriété.

Sans doute, si l'on examine les éléments qui composent un office ministériel, on y trouve deux choses : une fonction publique et une propriété privée.

Il y a, dit M. Genreau (1), dans l'office ministériel une fonction publique; cela est évident. L'officier public ou ministériel reçoit, à l'exclusion de toute autre personne, qualité pour faire certains actes : soit pour représenter les plaideurs dans les procès, soit pour constater authentiquement les conventions civiles des parties con-

(1) *Revue Critique*, août-septembre 1853, p. 721.

tractantes. Sous ce rapport, l'officier public ou ministériel, sans être un fonctionnaire proprement dit (1), est dépositaire de certains attributs de la souveraineté et mandataire de l'autorité publique.

Mais il y a, de plus, dans l'office ministériel une propriété privée. A la fonction qu'il a reçue du gouvernement, au titre nu qui lui a été conféré, l'officier applique son intelligence et son activité. « Il est producteur en même temps qu'officier public (2). » Sa clientèle est le produit de ses relations personnelles, de sa capacité et de sa probité; au bout d'un certain temps d'exercice, il a un répertoire, des recouvrements à opérer; s'il est notaire ou greffier, il a des minutes qui, tout en étant un dépôt, ont une valeur vénale souvent considérable par les grosses et les expéditions qu'il en délivre. Toutes ces choses : clientèle, répertoire, recouvrements, produit des minutes, sont le fruit du travail de l'officier ministériel; elles forment ce qu'on appelait autrefois la finance de l'office, qui est l'objet d'une véritable propriété, dont il peut disposer, mais seulement sous certaines restrictions.

Depuis la loi de 1816, la propriété du titulaire porte, à proprement parler, sur le droit de présentation. Mais le langage habituel, se plaçant à un point de vue plus général, attribue à l'officier public un droit de propriété sur l'office lui-même; il considère l'office comme un véritable bien tenant sa valeur du droit de présentation qui y est attaché. « Il n'y a point là de confusion, mais la chose est envisagée à deux points de vue diffé-

(1) Block, *Dictionnaire de l'Administration française*, v^o *Fonctionnaire*.

(2) Genreau, *loc. cit.*

rents (1) ». Qui dit propriété de l'office dit propriété du droit de présentation, et réciproquement, puisque l'exercice du droit de présentation est d'ordinaire le seul usage que l'officier fasse de son droit de propriété.

Sans examiner ici les diverses restrictions auxquelles la propriété des offices est soumise au double point de vue de l'usage et de la jouissance, nous nous occuperons seulement de déterminer comment est réglée la faculté de transmission qu'on accorde aux officiers ministériels et, par suite, en quoi consiste le rôle que joue actuellement l'État dans cette transmission.

§ 2. — Théorie du droit de présentation

Qu'est-ce donc que le droit de présentation que la loi de 1816 accorde aux officiers ministériels en leur permettant de « présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois » (loi de 1816, art. 91)?

Le garde des Sceaux Pasquier ne voulait voir là qu'une « probabilité de préférence » accordée comme dédommagement des suppléments de cautionnement exigés par le Trésor.

Nous avons déjà dit (2) que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour repousser cette interprétation de l'article 91 et pour admettre un droit moins étendu au profit de l'État.

Où serait, en effet, le dédommagement dont parle la circulaire de 1817, si le gouvernement n'était tenu à rien par le fait de la présentation et pouvait sans raison écarter le successeur présenté? On doit admettre que le

(1) M. Gérardin, *Transmission d'offices*, p. 84.

(2) P. 20.

droit de présentation est un véritable concours du titulaire actuel dans la transmission du titre, dans l'attribution de la fonction à un titulaire nouveau. Si c'est un privilège qui peut déterminer le choix du gouvernement, non le contraindre, c'est aussi un droit pour le possesseur d'un office de désigner à l'agrément du chef de l'État un successeur, qui sera nommé s'il remplit les conditions exigées par la loi.

L'exercice du droit de présentation suppose une cession d'office qui présente tous les éléments d'une vente : *consensus, res, pretium*. Le cédant transmet son office au cessionnaire moyennant un prix fixé d'un commun accord; la chose vendue est l'office. La vente est donc parfaite et serait définitive si l'office ne présentait cette particularité que, sans être hors du commerce, il ne peut changer de propriétaire sans l'agrément du gouvernement. Jusqu'à ce que le ministre compétent ait approuvé la cession, l'existence de celle-ci reste incertaine; mais, dès l'instant où l'agrément de la Chancellerie est obtenu, l'existence de la convention est certaine et prend date du jour du consentement des parties. Or, c'est précisément l'effet que produit dans les contrats ordinaires la condition suspensive. Nous pouvons donc dire que l'agrément de la Chancellerie est, en dernière analyse, une condition suspensive et qu'il est inexact de considérer l'État comme partie nécessaire au contrat.

§ 3. — Controverse sur la validité des contre-lettres.

Si le gouvernement donne son agrément, c'est qu'il considère le nouveau titulaire comme présentant les qualités exigées par les lois; qu'il approuve, par conséquent,

les conditions qui lui ont été soumises. Ces conditions ne peuvent désormais être modifiées, puisqu'elles sont la raison d'être de l'approbation donnée. Mais si ce principe est admis par tout le monde, on ne s'entend plus sur la question de savoir quelles conditions doivent être soumises au contrôle de l'autorité. L'intérêt de la question est considérable, et de la réponse donnée dépend la validité des contre-lettres. Car, si le contrôle ne porte que sur la *personne* du nouveau titulaire, le prix est laissé à l'appréciation des parties contractantes qui peuvent en faire l'objet d'une contre-lettre valable. Si le contrôle porte sur les *conditions pécuniaires* du traité comme sur la personne, les contre-lettres ne sont plus possibles, puisqu'elles modifieraient le prix approuvé. Deux systèmes ont été soutenus, le premier limitant le contrôle à la personne, le second l'étendant à toutes les conditions du traité. Nous allons les discuter.

1^{er} Système. — Nous avons constaté que l'article 94 autorise la présentation des successeurs, pourvu que ceux-ci réunissent les *qualités* exigées par les lois, et il est douteux, dit-on, que l'autorité compétente ait le droit, en s'appuyant sur cette disposition unique, d'exiger qu'on lui soumette les conditions pécuniaires du traité.

On a soutenu, en effet, que la loi entendait par *qualités* l'aptitude du candidat à remplir les fonctions qu'il sollicite, ses mérites personnels, sa science, son habitude des affaires, sa moralité, et que la question d'argent ne devait être l'objet d'aucune considération. Le législateur n'a pas voulu parler de la fortune personnelle des candidats; il n'a pu vouloir écarter des carrières libérales des jeunes gens pleins de mérite, uniquement parce qu'ils sont pauvres; il n'a certainement pas eu non plus sous les yeux le prix de cession qui est

affaire personnelle au cédant et au cessionnaire; enfin il n'est jamais venu à la pensée de personne de comprendre dans ce qu'on appelle *qualités* une appréciation pécuniaire quelconque.

D'ailleurs, ajoutent les partisans de cette opinion, la loi de 1816, muette dans son texte même sur le droit de vendre les charges, n'a pu faire aucune distinction entre les conventions relatives au prix qui sont soumises à l'autorité et celles qui ne sont connues que des parties. Conformément à cette manière de voir, un arrêt de la Chambre des Requêtes (1) a déclaré en termes formels que la loi de 1816 n'assujettit les présentations à aucune forme déterminée et qu'elle ne subordonne leur efficacité qu'à une seule condition : l'idonéité des candidats. S'il en était ainsi, les parties pourraient librement fixer le prix de cession qui, soit ostensible, soit dissimulé, échapperait au contrôle de l'autorité.

Un second argument en faveur de la validité des traités secrets peut se formuler en ces termes. Au moment où la loi de 1816 a été rendue, les offices se transmettaient depuis longtemps déjà au moyen de conventions occultes que le gouvernement n'ignorait pas et tolérait. D'autre part, il y avait dix ans que le Code civil était en vigueur et que les contre-lettres, en vertu de l'article 1321, produisaient effet entre les parties contractantes, tout en restant nulles à l'égard des tiers. Le législateur ne pouvait ignorer cet état de choses; c'est donc en connaissance de cause qu'il a gardé le silence et promis une loi d'organisation qui n'a jamais été rendue. Comment interpréter ce silence? Est-il possible d'y voir autre chose que la volonté de soumettre au droit commun les

(1) Req., 8 février 1826 ; D. 28, 1. 1888.

transmissions d'offices, au moins provisoirement, en attendant la loi promise?

En l'absence de texte formel, ajoute-t-on, il n'est même pas possible de se reporter à la législation antérieure au Code civil et à 1789. En effet, les édits de 1665, 1669, 1771, 1781 et 1782 avaient bien déclaré que les offices ne pouvaient être vendus, soit à l'amiable, soit par adjudication, pour un prix supérieur à celui porté sur les rôles de la Chancellerie. Mais, outre que ces dispositions s'appliquaient plutôt aux offices de judicature qu'aux offices actuellement appelés offices ministériels, elles ne furent jamais exécutées.

A défaut de l'ancien droit, les partisans de la nullité des contre-lettres peuvent-ils trouver dans le droit moderne quelque argument décisif en faveur de leur thèse? Leurs adversaires ne le pensent pas.

Une circulaire (dont nous avons déjà parlé) du 21 février 1817 avait, il est vrai, établi des limites étroites pour la fixation du prix des offices et prohibé d'une façon sévère les contre-lettres. « Si vous veniez à découvrir, dit le garde des Sceaux, qu'un officier public, pour obtenir son admission, eût produit un traité simulé, vous m'en donneriez avis aussitôt. Un homme qui se serait conduit d'une manière aussi répréhensible ne mériterait pas de conserver son état, et je provoquerais sans aucun ménagement sa destitution. »

Les chefs de Parquet ont souvent reçu, depuis 1817, des instructions analogues, particulièrement en 1840, 1849, 1884, 1890 (1). Mais, objecte le premier système, les circulaires peuvent seulement servir de guides aux Procureurs; elles n'ont pas force de loi et ne sont nulle-

(1) G. Le Poittevin, *Traité des cessions d'offices*, p. 1. .

ment obligatoires pour les tribunaux qui ne peuvent être liés par les règles adoptées par l'administration (1).

Des ordonnances royales, des instructions ministérielles n'ont pas, dans notre organisation constitutionnelle, le pouvoir de remplir les lacunes de la loi. Les tribunaux restent donc libres d'apprécier si, en matière d'offices, les contre-lettres sont valables, et ils devront les valider, puisqu'aucun texte de loi ne les prohibe. D'ailleurs, quelques-uns des arguments invoqués par les partisans de la nullité des contre-lettres suffiraient à faire repousser leur système. Pour arriver à voir dans les traités secrets un intérêt d'ordre public et à les annuler comme blessant cet intérêt, n'ont-ils pas été jusqu'à considérer le gouvernement comme ayant été partie au contrat principal (2)? Nous avons nous-même reconnu que c'était là un abus de mots : « tandis que le droit de présentation appartient au titulaire, l'autorité à qui appartient la nomination, pour qu'elle tombe sur un homme digne de confiance, a recours à tous les moyens d'investigation et de surveillance que lui commande autant l'intérêt du candidat que celui de la société elle-même (3) » ; mais les conventions sont faites entre les parties seules ; les actes qui peuvent exister entre elles ont le caractère de contre-lettres qui ne sont pas interdites, bien qu'elles présentent des inconvénients tels qu'on pourrait craindre la désapprobation de l'autorité à qui elles seraient soumises ; l'article 1321 du Code civil veut seulement qu'elles n'aient point d'effet à l'égard des tiers.

(1) Req., 20 juin 1820 ; S. 21, 1. 43 ; — Req., 13 novembre 1823 ; D., *Rép.*, v^o *Office*, n^o 84, Orléans, 15 mai 1825. D. *Anc. Rép.*, t. XII, p. 860.

(2) Toulouse, 22 février 1840, D. 41, 1. 302.

(3) D., *Rép.*, v^o *Office*, n^o 213.

Non seulement l'inapplication des principes généraux en notre matière n'est écrite nulle part, dit enfin le premier système, mais deux textes semblent formellement reconnaître la validité des contre-lettres.

Le premier est un passage de circulaire du garde des Sceaux du 5 février 1840, où le ministre semble admettre que les contre-lettres puissent produire un effet légal. « Il faut veiller avec soin, dit-il, sur les traités de cette nature et sur les conditions patentes ou occultes. » Donc, les conditions occultes comme les conditions patentes ont une existence juridique : autrement, quelle nécessité y aurait-il d'en parler ?

Le second texte est l'article 4 de la loi de finances du 25 juin 1841. « Lorsque la simulation du prix exprimé dans l'acte de cession à titre onéreux sera établie..., il sera perçu à titre d'amende un droit en sus de celui qui sera dû sur la différence de prix ou d'évaluation... » Cet article assimile les contre-lettres en matière de cessions d'offices aux contre-lettres en général, par lesquelles les parties augmentent, en fraude du Trésor public, le prix stipulé dans une vente ; il ne les frappe point de nullité : « Il faudrait même, pour attribuer à cet article 41 un sens quelconque, en faire résulter la validité des conventions occultes, puisqu'une jurisprudence constante en matière d'enregistrement considère comme ne donnant lieu à l'application d'aucun droit les actes nuls dès l'origine » (1).

Tels sont les arguments au moyen desquels on peut soutenir la validité des contre-lettres ; ce sont ceux qui entraînerent d'abord la jurisprudence.

Déjà, en 1820, un arrêt de la Chambre des Requêtes

(1) D., *Rép.*, v° *Office*, n° 243.

avait déclaré que la circulaire du 21 février 1847 était instructive et non prohibitive, et que la disposition de l'article 91 autorisait les arrangements ou conventions nécessaires pour l'exercice de la faculté de présentation.

Un second arrêt du 13 novembre 1823 jugea « que le traité fixant les conditions de la démission appartient au droit civil; que, sous ce rapport, la connaissance des difficultés auxquelles ce traité peut donner lieu est du ressort des tribunaux civils. » Enfin, d'après un troisième arrêt du 8 février 1826 (1), la loi de 1816 n'assujettit la présentation des candidats à aucune forme déterminée. Aussi, quand la question de la validité des contre-lettres vint se poser devant les tribunaux, ils n'eurent qu'à adopter les motifs des jugements qui précèdent, pour pouvoir refuser de reconnaître la nullité des traités secrets (2).

Admise par deux décisions, l'une du tribunal de la Seine du 20 mars 1839 (3), l'autre sur appel, de la Cour de Paris (4), puis par un arrêt de Rennes et un second arrêt de Paris (5), la nullité des contre-lettres fut repoussée par la Cour de Toulouse qui, dans un arrêt fortement motivé, fit une distinction entre les devoirs de l'administration, tenue de se rendre compte, par tous les moyens dont elle peut disposer, des conditions de cession des offices, et les obligations des tribunaux dont le rôle consiste à appliquer la loi sans la modifier et sans y ajouter (6). Cet

(1) Req., D. 26, 1. 158.

(2) Grenoble, 16 décembre 1837; S. 38, 2. 489.

(3) S. 39, 2. 382.

(4) 11 novembre 1839, S. 39, 2. 485.

(5) Rennes, 29 décembre 1839, S. 40, 2. 85. — Paris, 31 janvier et 15 février 1840, S. 40, 2. 86.

(6) 22 février 1840, S. 40, 2. 126.

arrêt est le dernier que puissent invoquer les partisans de la validité des contre-lettres.

Un profond revirement allait se produire dans la jurisprudence.

Le 7 juillet 1841, la question fut, en effet, soumise à la Cour de cassation qui, conformément aux conclusions de l'avocat général Delangle, se prononça dans le sens de la nullité. Dès lors, cette nullité est érigée en principe et proclamée par un grand nombre d'arrêts, dont les plus récents sont les suivants : Nancy, 27 janvier 1894, D. 95, 2. 94 ; — Cass. Req., 18 mars 1895 ; D. 95, 1. 348 ; S. 96, 1. 41. Avant de justifier cette jurisprudence, il n'est pas inutile de rappeler à la suite de quelles circonstances elle commença à se manifester. Une série d'événements malheureux et de désastres financiers dans le notariat de Paris avaient alors ému l'opinion publique, dont M. Carl s'était fait l'interprète à la Chambre des députés. Dans son rapport du 22 février 1840, adoptant un principe diamétralement opposé à celui qui avait été proclamé au lendemain de la Révolution de Juillet, il concluait au renvoi de la question du serment à M. le garde des Sceaux, parce que, « du moment où le gouvernement compte au nombre de ses devoirs celui de prévenir et de punir au besoin toutes les collusions qui auraient pour objet des traités simulés (termes mêmes de la circulaire de 1817), ce pouvoir ne doit pas être illusoire en ses mains ; il doit l'exercer et choisir des moyens suffisants pour empêcher de pareilles fraudes ».

Ces catastrophes ne furent peut-être pas sans influence sur la décision de la Cour de cassation ; mais les rai-

(1) D., *Rép.*, v° *Office*, n° 55.

sons qu'elle invoque sont suffisantes, croyons-nous, pour justifier la nullité dont elle frappe désormais les conditions stipulées en dehors du traité ostensible.

Il n'est pas difficile, en effet, de prouver qu'il y a un intérêt public en jeu dans la transmission des offices. Les circulaires du ministre de la Justice ont souvent, nous l'avons vu, appelé l'attention du Parquet sur les contre-lettres et montré les inconvénients graves qui peuvent résulter de l'exagération des prix de cession. « Il n'est pas vrai, dit l'avocat général Delangle, que l'ordre public ne soit pas intéressé à ce que les officiers auxquels les citoyens sont forcés de confier leur fortune, la direction de leurs affaires, se trouvent dans une position qui les défende contre toute tentation d'augmenter les gains que les lois leur allouent; qu'ils ne soient pas réduits à l'agiotage, aux spéculations, et, par une pente irrésistible, conduits à tromper leurs clients; et, précisément, les dissimulations en pareille matière, en cachant l'exagération des engagements, rendent inutiles les précautions que l'administration ne cesse de prendre et de recommander pour éviter à de jeunes gens, qui manquent d'expérience et se font illusion sur les charges qu'ils assument, de contracter des obligations trop onéreuses et de s'exposer à des déceptions bientôt suivies de la ruine et de ses déplorables conséquences. »

2° *Système.* — Ces considérations sont très justes; mais quelque avantage que paraisse présenter pour la société leur consécration par la justice, il reste à démontrer qu'elles ne sont en opposition avec aucun texte de la loi. Dans le cas particulier qui nous occupe, en effet, il serait impossible d'admettre le contrôle de l'administration et la limitation du prix des offices si les termes mêmes de l'article 91 de la loi de 1816 s'y oppo-

saient formellement. Nous estimons qu'il n'en est rien.

Étant donnés les termes de cet article 91, nous ne croyons pas que la validité des contre-lettres puisse être juridiquement admise, ni que leur nullité soit contraire à l'esprit de la loi.

« Les officiers ministériels « pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois » (art. 91). Tel est le texte qui constituerait la principale objection contre la nullité des contre-lettres, et d'après lequel il serait à la fois impossible et de considérer les clauses du traité (les conditions du prix particulièrement) comme des qualités du titulaire, et de comprendre sous l'appellation caractérisée de « lois » soit les circulaires ou autres actes des ministres, soit même les actes du chef de l'État. » Examinons cette double objection.

Personne n'a jamais prétendu que la loi de 1816 ait fait revivre l'ancienne vénalité des charges ; mais cependant le droit de présentation a de grandes analogies avec l'ancienne « résignation en faveur ». Le roi n'était nullement tenu d'agréer le cessionnaire que le résignataire lui présentait. « Le roi, dit Pothier, n'est pas néanmoins astreint à accorder des provisions à la personne qui lui est présentée ; il peut les refuser sans dire les causes de son refus, sauf au propriétaire à présenter une autre personne » (1). De même, depuis la loi de 1816, le candidat doit être agréé par l'État, mais il peut être refusé ; car la faculté d'agréer n'est réellement un droit « qu'autant qu'elle est fortifiée par le droit de refus, de même qu'elle n'entraîne une obligation sérieuse pour le candidat qu'autant qu'il peut être repoussé » (2).

(1) Pothier, *Communauté*, n° 92.

(2) Perriquet, p. 261.

Or, pour que l'autorité compétente agréée ou refuse, il faut qu'elle sache exactement ce qu'elle agréée et ce qu'elle refuse. Cette autorité doit donc pouvoir s'assurer que la charge sera honnêtement exercée, et que le nouveau titulaire, ne s'imposant pas de trop lourdes conditions, trouvera dans les revenus ordinaires de son office des moyens suffisants d'existence. Il n'est malheureusement pas vrai, comme le déclarait l'arrêt de Toulouse de 1841, « que la crainte résultant de l'exagération présumée du prix n'offre qu'un danger incertain » (1); des désastres successifs l'ont trop prouvé; et on peut poser en principe que le gouvernement ne sera pas sûr d'avoir fait un bon choix, si, ayant agréé un titulaire quelque honorable et quelque instruit qu'il soit, il ne se rend compte en même temps des charges pécuniaires qui peuvent l'accabler dès son entrée dans les affaires. Il n'est donc pas logique de dire que la loi de 1816 n'autorise pas l'examen des conditions du traité, puisque, si cet examen n'est pas admis, l'autorité donne son agrément sans savoir ce qu'elle fait, et devient une formalité inutile. La première condition pour que l'agrément du pouvoir soit donné à bon escient, c'est que les clauses et le prix contenus dans le traité ostensible soient sincères. La dissimulation d'une partie du prix ne prouve-t-elle pas déjà que, dans la pensée des contractants, le gouvernement n'aurait pas accepté le traité s'il l'avait connu?

Il nous semble donc certain que, d'après une saine interprétation de la loi de 1816, tout traité secret portant supplément de prix ou des conditions plus onéreuses que celles du traité public est nul comme contraire à

(1) Ch. Ballot, *Revue étrangère et française de droit*, année 1847, p. 23.

l'ordre public, comme ayant une cause illicite (art. 1134 C. civ.); le traité valable est celui-là seul qui a été soumis à l'autorité compétente, approuvé par elle, et considéré comme devant donner des garanties suffisantes aux citoyens qui requerront le ministère du nouvel officier public.

Si l'article 91 ne parle pas de l'examen du traité, la nécessité de cet examen résulte assez clairement de son esprit, pour qu'on puisse et doive l'admettre.

Et il n'est pas nécessaire pour cela d'affirmer, avec la Cour d'Orléans (1), que « l'autorité supérieure est partie principale et nécessaire dans un pareil contrat ». Sans aller aussi loin que cette Cour, on peut demander, avec M. Dalloz (2), s'il est nécessaire, pour qu'un contrat soit nul comme contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, que celui ou ceux qui sont chargés d'y veiller soient intervenus à ce contrat. La seule conséquence qu'on puisse tirer de la non-intervention du gouvernement au traité, c'est qu'il ne peut pas le faire annuler par action directe.

La seconde objection est fondée sur ce que l'article 91 parle des qualités exigées par les *lois* et qu'il est impossible de comprendre dans cette appellation, soit les circulaires ou autres actes des ministres, soit même les actes du chef de l'État. Il serait, en effet, insuffisant d'avoir démontré que l'examen des *qualités* emporte nécessairement le contrôle des conditions pécuniaires du traité, si le gouvernement n'avait pas le droit de fixer une limite au prix de cession, limite rendue obligatoire par le décret de nomination, | et qui ne peut

(1) 31 mars 1855, D. 55, 2. 225.

(2) D., *Rép.*, v° *Offices*, n° 215.

être dépassée en aucune manière. La question se pose donc ainsi : Le ministre a-t-il le droit de fixer une limite au prix des charges ?

En 1820, la Cour de Paris a décidé que la circulaire du chancelier Pasquier établissant les bases du droit de présentation, au point de vue pécuniaire, n'entraînait pas une prohibition obligatoire pour les tribunaux, et la Cour de cassation a consacré sa doctrine. Il est, en effet, difficile de soutenir que cette circulaire lie et oblige les magistrats ; mais, dit M. Duvergier (1), on ne peut rien en conclure pour la liberté du ministre en cette matière : « Une circulaire ministérielle, disposant d'une manière générale, réglant pour l'avenir et à l'égard de tous le taux auquel il sera permis de vendre les offices publics, n'est pas certainement un acte de même nature que les décisions ministérielles spéciales, statuant sur chaque espèce, admettant tel ou tel traité. » Or, c'est sous cette seconde forme qu'intervient la Chancellerie.

Le législateur de 1816 n'a pas entendu donner à l'autorité compétente (le ministre, dans notre cas particulier) le pouvoir de faire un règlement général, d'établir un tarif permanent applicable à toutes les cessions d'offices. Le ministre doit donner son agrément à chaque candidat ; il a juridiction et compétence, mais à la condition de les exercer sur chaque fait par un acte distinct et particulier.

Le législateur, renonçant à tracer lui-même une règle assez flexible pour s'appliquer à toutes les espèces, assez prévoyante pour comprendre tous les besoins, a chargé le gouvernement de rendre pour chaque cas une décision spéciale, véritable loi qui commande l'obéissance comme

(1) *Revue de droit français et étranger*, mai 1840, p. 340.

une loi générale, et dont les tribunaux doivent assurer l'exécution. Son intention, croyons-nous, peut se traduire de la sorte : « Je ne puis approuver d'avance chaque transmission d'office, car l'agrément suppose l'appréciation de circonstances tellement particulières, si différentes d'une cession à l'autre, qu'il est impossible d'établir une règle invariable dont l'application blesserait trop souvent l'équité; mais je charge le ministre d'apprécier lui-même, et j'approuve d'avance son appréciation en lui donnant force obligatoire. » Les conditions du traité de cession d'office sont donc rendues immuables par l'agrément du ministre; toute modification non soumise à la Chancellerie doit être considérée par le pouvoir judiciaire comme nulle et non avenue. Ainsi se justifie la nullité de la contre-lettre comme obligation civile.

Il nous reste à répondre aux deux arguments tirés des termes de la circulaire de 1840 et de la loi de finances de 1844.

La circulaire de 1840 ordonne aux Parquets de veiller sur les traités et leurs « conditions patentes ou occultes »; or, cet ordre, dit-on, ne peut avoir aucun sens si l'on n'admet pas la validité des conventions secrètes. Sans discuter sur le mot « occultes », qui sert de base à ce raisonnement, nous sommes obligés de constater que le ministre n'a pas exprimé clairement sa pensée. En effet, la condition est cachée ou elle ne l'est pas : elle l'est, si le Parquet ne la connaît pas; elle ne l'est plus, si le Parquet en a eu connaissance, soit grâce à une enquête, soit parce que les intéressés l'ont communiquée; et l'on ne peut pas supposer que le ministre ait donné au Parquet cet ordre absurde de veiller sur ce qu'il ne connaît pas. Nous croyons donc que cette circulaire est seulement un nouveau témoignage de la défaveur avec laquelle

sont vues les contre-lettres, et que, en ordonnant de veiller sur les conditions occultes, le ministre entend simplement recommander aux magistrats de s'assurer, autant qu'il leur est possible, que les conditions patentes ne sont pas modifiées, pour qu'ils puissent provoquer des mesures disciplinaires en cas de simulation ou de modifications secrètes. La suite du texte l'indique clairement, car le ministre ajoute : « Je ne solliciterai jamais l'agrément du roi pour une transmission qui présenterait ces inconvénients et ces dangers » ; c'est, du reste, le sens de toutes les instructions de la Chancellerie qui ne s'est jamais départie de la sévérité dont la circulaire de 1817 a donné le premier exemple.

L'argument tiré de la loi de 1844 se résume ainsi : cette loi frappe les contre-lettres d'un droit en sus ; or, les conventions nulles ne sont susceptibles d'aucun droit ; donc, les contre-lettres sont valables. Pour faire justice de cette objection, il suffit de remarquer que, aux termes de l'article 2, le droit est perçu à titre d'amende ; le soin qu'a pris le législateur de donner cette indication montre clairement que les prescriptions fiscales de la loi doivent être exécutées quand bien même la convention prohibée serait, comme dans l'espèce, frappée de la nullité la plus radicale.

Les partisans de la validité des contre-lettres, dans notre droit civil, ajoutent, aux arguments déjà exposés, qu'il s'élève contre l'action en nullité une fin de non-recevoir fondée sur ce que l'acquéreur de l'office et le vendeur ont tous deux trempé dans la fraude et qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime romaine : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Nous pourrions déjà répondre que cet axiome n'est applicable qu'au cas où il n'y aurait aucun intérêt public en cause ; mais nous

examinerons la question en détail quand nous discuterons le point de savoir si la contre-lettre engendre une obligation naturelle à défaut d'obligation civile ; c'est là surtout que la maxime romaine pourrait être invoquée.

En résumé, si l'on examine attentivement sur quels fondements juridiques reposent les deux opinions que nous avons exposées, on peut difficilement admettre que les contre-lettres en matière de cessions d'offices produisent une obligation civile. Pour nous, la nullité résulte, sinon du texte même, du moins de l'esprit de la loi de 1816, qui donne au garde des Sceaux le pouvoir de rendre, dans chaque espèce, une décision obligatoire pour les tribunaux et de fixer invariablement les conditions pécuniaires du traité. Aucune modification soustraite au contrôle de la Chancellerie ne pourra produire d'obligation civile, car le lien formé serait l'effet d'une convention ayant une cause illicite et, par suite, nulle, d'après l'article 1131.

La jurisprudence, nous l'avons dit, s'est ralliée à cette opinion, que de nombreux arrêts ont adoptée depuis que la Cour de cassation l'a admise. Nous pensons donc qu'il y a nullité ; mais quelle sorte de nullité ? Empêche-t-elle, outre la formation de l'obligation civile, la formation d'une obligation naturelle ? C'est ce que nous allons examiner dans la section suivante.

SECTION II

LES CONTRE-LETTRES PRODUISENT-ELLES UNE OBLIGATION NATURELLE ?

Le principal intérêt de la question se présente au sujet

de la répétition des sommes versées en vertu de la contre-lettre. En effet, aux termes de l'article 1235, alinéa 2, « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles volontairement acquittées ».

Bien que la jurisprudence refuse de voir dans la contre-lettre qui a pour objet d'augmenter le prix de l'office une convention civilement obligatoire, il se peut que le cessionnaire, se considérant comme lié par un engagement pris en connaissance de cause, paie le supplément de prix convenu. Plus tard, il veut actionner le cédant en restitution de la somme payée en dehors du traité approuvé et exercer la répétition de l'indu. Cette action en répétition devra-t-elle être admise? Oui, si la contre-lettre n'engendre pas une obligation naturelle; non, si elle engendre une obligation naturelle. Mais cette question n'est pas la seule qui soit subordonnée au parti adopté sur l'existence d'une obligation naturelle; nous aurons à nous demander s'il ne peut y avoir novation de la créance résultant de la contre-lettre, si cette contre-lettre peut donner lieu à cautionnement, et si les difficultés qu'elle soulève peuvent être arrêtées par une transaction. Nous allons donc traiter :

§ 1^{er} *De la répétition;*

§ 2^e *De la novation;*

§ 3^e *Du cautionnement;*

§ 4^e *De la transaction.*

§ 1^{er}. — De la Répétition

La jurisprudence déclara d'abord le cessionnaire non recevable à invoquer la nullité de la contre-lettre librement exécutée, et la Cour de Paris, consultée la première, jugea « que les engagements contractés par suite

de ces accords secrets, en admettant qu'ils ne produisent pas une obligation parfaite, constituent au moins une obligation naturelle dont le paiement volontairement opéré ne peut donner lieu à répétition, conformément à l'article 1235 » (1).

La Cour de Paris, dans deux autres arrêts (2) et la plupart des Cours d'appel adoptèrent la théorie de l'obligation naturelle (3). La Cour de cassation, à qui la question fut soumise le 30 août 1842 (4), décida, dans le même sens, que le paiement volontaire d'un supplément de prix n'était pas sujet à répétition. Il est vrai que, dans un arrêt précédent, rendu sur les conclusions de l'avocat général Delangle, la Chambre des Requêtes avait admis l'imputation de la somme payée sur le prix porté au traité ostensible, écartant ainsi la fin de non-recevoir tirée de l'obligation naturelle (5). Mais on peut, néanmoins, affirmer que, jusqu'en 1843, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'obligation naturelle.

« Ces arrêts, dit M. Perriquet (6), étaient en harmonie avec la jurisprudence précédemment établie dans une matière analogue. La Cour de cassation avait décidé que les conventions constitutives de rentes féodales, bien qu'une loi d'ordre public eût supprimé ces rentes sans indemnité, n'avaient pas cessé de produire une obligation naturelle, et que cette obligation pou-

(1) Paris, 31 janvier 1840, D. 40, 2. 96.

(2) 15 février 1840, D. 40, 2. 96; — 14 août 1840, D. 42, 1. 247.

(3) Rouen, 18 février 1842, D. 42, 2. 121; — Metz, 14 février 1843, D. 43, 2. 90; — Colmar, 16 novembre 1842, D. 44, 1. 289; — Orléans, 8 février 1844, D. 44, 4. 276.

(4) D. 43, 1. 3.

(5) 30 juillet 1841, D. 41, 1. 362.

(6) Perriquet, p. 263.

vait servir de cause licite à l'acte par lequel l'ancien débiteur de la rente promettait d'en continuer le paiement » (1). Toutefois, dans un autre cas, elle avait jugé que, si la convention nouvelle était seulement un acte récongnitif de l'ancien titre féodal, la nullité de l'ancien titre entraînait celle du nouveau (2). Toullier critiquait à juste titre cette seconde solution qui contredit manifestement la première; car, dit-il, « dès que la Cour de cassation reconnaît que l'obligation de payer les rentes supprimées sans indemnité a une cause naturelle, qu'importe que le titre primitif et féodal soit rappelé » (3)?

La jurisprudence ne tarda pas cependant, à propos des contre-lettres, à revenir sur ses premières décisions et à autoriser la répétition des sommes payées en vertu du traité secret. Le revirement commença par les Cours d'appel. Plusieurs se prononcèrent contre l'existence de l'obligation naturelle (4); et la Chambre civile de la Cour de cassation, saisie à nouveau de la difficulté, décida à son tour que les contre-lettres ne peuvent engendrer ni obligation civile ni obligation naturelle (5). La Cour de Caen, sur renvoi, adopta cette opinion (6), et ce fut désormais le système des tribunaux (7).

(1) 25 octobre 1808, S. XI, 1. 123.

(2) 9 juillet 1811, S. XI, 1. 321.

(3) Toullier, liv. II I, tit. 3, ch. III, n° 186.

(4) Paris, 3 juin 1813, D. 43, 2. 174; 25 avril 1813, D. 44, 2. 283; 1^{er} mars 1844, D. 44, 4. 274; — Bourges, 27 janvier 1843, D. 43, 2. 188; — Angers, 30 mai et 20 juin 1844, D. 44, 4. 274.

(5) Civ., 30 juillet 1844, D. 44, 1. 289.

(6) Caen, 12 février 1845, D. 45, 4. 373.

(7) Req., 1^{er} août 1844, D. 44, 1. 293; — Paris, 24 février 1845, D. 45, 2. 71; — Req., 11 août 1845, D. 45, 1. 342; — Req., 17 décembre 1845, D. 45, 4. 374 (V. Dal., *Rép.*, v° *Office*, n° 243). — Les

Pour en apprécier le mérite, il ne nous suffira pas de discuter l'application aux contre-lettres de l'article 1235 du Code civil. Nous avons encore à nous prononcer sur la portée qu'on peut attribuer, dans l'état actuel de la législation, à deux maximes romaines : *In pari causa melior est conditio possidentis* et *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*, invoquées par les partisans de la validité du paiement fait en exécution d'une contre-lettre, et définitivement écartées par la Chambre des Requêtes (1).

Parlons d'abord de l'article 1235 du Code civil. La répétition est-elle inadmissible en notre matière, par ce motif que la contre-lettre donne au moins naissance à une obligation naturelle?

Les contre-lettres en matière de cessions d'offices, dit la Cour de cassation (2), ne peuvent engendrer une obligation naturelle, parce que cette obligation « aurait la puissance de soustraire les traités secrets à la prohibition de la loi ; qu'alors on serait conduit à la choquante inconséquence de supposer que le droit civil, qui prohibe le contrat, se prêterait en même temps à en protéger l'exécution, en sorte que le paiement devient sans cause licite ou illicite, et comme tel sujet à répétition ». C'est l'application du principe posé en ces termes par l'avocat général Delangle dans son réquisitoire du 7 juillet 1841 (3) : « Toute convention librement consentie produit obliga-

derniers arrêts sont : C. civ., 27 mars 88, D. 88, 1. 345; Cass., 18 janvier 1888, S. 90, 2. 97. — Bourges, 18 novembre 1890, S. 93, 2. 241. — Nancy, 27 janvier 1894, D. 95, 2. 93 (V. Bibliographie sous Cass., 18 janvier 1888; S. 90, 2. 97).

(1) 1^{er} août 1844 (D. 44, 1. 289).

(2) Civ. 30 juillet 1844, S. 44, 1. 582 et suiv.

(3) S. 44, 1. 572.

tion, mais il va de soi que, si cette obligation porte atteinte à l'humanité, à l'ordre public, aux principes constitutifs de l'État, le législateur la repousse; l'exécution, la confirmation, les garanties sont frappées de la même nullité que la convention qui en est l'objet ».

Sur quelles bases juridiques s'appuie cette opinion? Les voici en résumé : 1° Aux termes de l'article 1134 du Code civil, l'obligation fondée sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, et on lui ferait produire un effet en décidant que l'exécution résultant d'un paiement est à l'abri de toute attaque. — 2° Aux termes de l'article 1235, ce qui est payé sans être dû est sujet à répétition; or l'obligation dont la cause est illicite est assimilable à une obligation sans cause; si, d'autre part, cet article 1235 n'interdit la répétition qu'à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, on ne peut mettre au rang de ces obligations naturelles l'obligation dont la cause est illicite, car la loi ne peut approuver dans un article ce qu'elle a interdit dans un autre; et, là où il y a une nullité d'ordre public, absolue par conséquent, il n'y a pas de ratification possible, autrement la nullité ne serait plus absolue. — 3° Enfin, dans la matière spéciale qui nous occupe, c'est dans le fait du paiement que réside la violation de l'ordre public; ce qui rend ledit paiement sujet à répétition.

Pour discuter la valeur de ce raisonnement, il nous faut généraliser un peu la question et rechercher si une convention contraire à l'ordre public peut engendrer une obligation naturelle.

Il est malheureusement difficile, en matière d'obligations naturelles, de pouvoir arriver à une solution précise, le législateur de 1806 n'ayant prononcé ce mot que dans l'article 1235 sans en donner de définition. La dé-

termination du sens de l'article 1235 est pourtant d'une grande importance, puisque les auteurs, qui prétendent que les sommes payées en vertu d'un traité secret ne peuvent être répétées, s'appuient, comme la jurisprudence opposée, sur cet article 1235 et soutiennent que, le législateur n'ayant fait aucune distinction, un semblable paiement est inattaquable comme ayant pour cause une obligation naturelle.

Que faut-il donc entendre par ce terme *obligation naturelle*? Lequel des deux systèmes interprète plus fidèlement la pensée des rédacteurs de l'article 1235?

L'ancien droit et les travaux préparatoires du Code nous fourniront seuls des éléments d'appréciation que nous ne pouvons guère demander au droit romain. En droit romain, en effet, au moins d'après la majorité des commentateurs, la source la plus considérable des obligations naturelles était la formation des *pacta nuda*, conventions qui, n'ayant pas été accompagnées des symboles et des formules de droit strict, étaient munies, non pas d'une action, mais d'une exception. Les auteurs classent ensuite, comme produisant des obligations naturelles, les devoirs dérivant de l'affranchissement; les engagements pris : par un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur, par un prodigue interdit, par un esclave sans la permission de son maître, par une femme mariée ou un fils de famille malgré les prohibitions des sénatus-consultes velléien et macédonien. « Dans tous ces cas, dit M. Duvergier(1), l'intérêt privé des contractants ou celui des tiers est le motif pour lequel on ôte aux conventions une partie de leur efficacité; ce n'est point par des considérations d'ordre public qu'on refuse l'action en justice. »

(1) *Revue étrangère*, juillet 1840, p. 575.

Il n'y a donc pas ici de conventions nulles comme contraires à l'ordre public, produisant cependant des obligations naturelles ; presque toutes, d'ailleurs, dans notre droit, servent de causes à des obligations civiles. Il n'y a donc pas d'argument à tirer du droit romain (1).

Pour ce qui regarde notre ancien droit, nous nous en tiendrons à l'examen des œuvres de Pothier et de Domat ; c'est dans leurs ouvrages, en effet, que les rédacteurs du Code ont puisé la plupart du temps leur théorie des obligations, parce qu'ils les considéraient comme les plus parfaits sur cette matière (2).

Pothier (3) appelle obligation naturelle « celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu » (n° 173). « La loi civile refuse l'action à celui envers qui elles (les obligations naturelles) sont contractées pour en poursuivre en justice l'exécution... elles sont simplement *pudoris et æquitatis vinculum* » (n° 175). Comme exemples d'obligations naturelles dans notre droit, Pothier cite : la dette due à un cabaretier pour dépenses faites par un domicilié du lieu (n° 192) et l'obligation d'une femme sous puissance de mari qui a contracté sans être autorisée (*id.*). Il reconnaît donc deux groupes distincts d'obligations naturelles : le premier, composé des obligations qui naissent d'une cause « improuvée par les lois » (n° 193) ; le second, des obligations contractées par des personnes à qui la loi ne permet pas de s'engager. Plus loin, il range également parmi les obligations naturelles les obligations civiles qui peuvent

(1) V. texte de Bigot-Préameneu, *Infra*, p. 47.

(2) Fenet, t. XIII, p. 217 et 264.

(3) Pothier, *Traité des obligations*.

être repoussées par une exception péremptoire, telle que l'autorité de la chose jugée et la prescription.

Le seul effet, d'après Pothier (n° 195), des obligations naturelles est que, « lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable et n'est pas sujet à répétition, parce qu'il a eu un juste sujet de payer, savoir : celui de décharger sa conscience. Ainsi, on ne peut pas dire qu'il a été fait *sine causa* ; d'où il suit qu'il ne peut y avoir lieu aux actions qu'on appelle *condictio sine causa* et *condictio indebiti* ».

Est-il possible de répondre d'une façon plus nette à la question que nous posions au commencement de cette discussion ?

« D'après Pothier, dit M. Bozérien (1), le caractère de l'obligation naturelle dépendait, non seulement de la qualité des *contractants*, mais encore de la qualité de la *cause des contrats*, » et la cause contraire à l'ordre public pouvait bien empêcher qu'une obligation fût valable comme obligation civile, mais ne mettait pas obstacle à la formation d'une obligation naturelle dont l'exécution n'était pas soumise à répétition.

Le texte de Pothier embarrassait singulièrement les premiers partisans de la répétition. M. Duvergier surtout prétendait que le vieux jurisconsulte n'aurait pas dû se servir d'expressions qui certainement ne rendaient pas sa pensée. Nous n'hésitons pas à repousser cette opinion nettement condamnée par la suite du texte du *Traité des obligations*.

Quant à Domat, il ne donne pas de définition de l'obligation naturelle : il cite comme exemples les obligations contractées par un mineur incapable ou une

(1) *Revue Pratique*, année 1858, t. V, n° 1, p. 30.

femme mariée; et on ne trouve dans son œuvre rien qui puisse montrer clairement quels effets il attachait aux engagements nuls comme contraires à l'ordre public.

Nous nous contenterons donc, pour l'ancien droit, de l'opinion de Pothier. Arrivons à l'examen des travaux préparatoires du Code.

Le titre des obligations fut présenté au Corps législatif par Bigot-Préameneu, et, lors de la communication officielle au Tribunat, Jaubert fut chargé de l'exposé des motifs. Dans ces deux discours, que disent les orateurs sur l'article 1235?

Bigot-Préameneu s'exprime ainsi : « Tout paiement suppose une dette, et, conséquemment, ce qui aurait été payé pour une dette qui n'existerait pas pourrait être répété.

« Mais cette répétition doit-elle avoir lieu lorsqu'une obligation naturelle a été volontairement acquittée? La loi qui n'eût point admis l'action contre le débiteur doit-elle le regarder comme étant lié civilement lorsqu'il aura payé?

« Il ne s'agit point ici de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au nombre des obligations naturelles, parce que, n'ayant ni la qualité du contrat ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne peut naître. Ces conventions sont, dans notre législation, au rang des obligations civiles, et on ne considère comme obligations purement naturelles que *celles qui, par des MOTIFS PARTICULIERS, sont considérées comme nulles par la loi civile* » (1). Cette formule un peu vague nous autorise à penser qu'un de ces « motifs par-

1) Fenet, t. XIII, p. 263.

ticuliers » peut tenir à ce que la convention est contraire à l'ordre public. Nous dirons donc, avec les adversaires de la répétition : La loi « pour des motifs particuliers », pour sauvegarder l'intérêt général, déclare nulle l'obligation résultant d'une contre-lettre; il n'en est pas moins vrai que cette convention fait naître une obligation naturelle qui empêche que les sommes payées sans erreur puissent être répétées.

« Ce paiement, ajoute Bigot-Préameneu, est une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise : renonciation que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoquée; renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être maître de rompre. » Comme exemples de ces obligations, le rapporteur cite : celles dont la cause est *trop défavorable* pour que l'action soit admise (ce sont les termes mêmes de Pothier, et nous savons qu'il entend par ces termes toute cause improuvée par les lois); et les obligations qui ont été formées par des personnes, auxquelles la loi ne permet pas de contracter; ce sont toujours les mêmes situations que celles prévues par Pothier.

Le tribun Jaubert, chargé de la communication au Tribunat, reproduit les mêmes idées (1). Après avoir posé le principe que le domaine de la conscience ne peut être du ressort du législateur civil, il pose en ces termes la question qui nous occupe :

«... Lorsqu'un paiement a eu lieu, serait-il juste d'autoriser celui qui l'a fait à le répéter indistinctement dans tous les cas, par cela seul que celui qui l'a reçu n'aurait pu l'exiger par une action civile?

(1) Fenet, t. XIII, p. 339 et 340.

« Ne faut-il pas remonter au motif qui a déterminé le paiement pour savoir si c'est une erreur absolue qui l'a occasionné (c'est l'obligation sans cause ou fondée sur une cause fausse), ou si, placé entre la loi civile et sa conscience, le débiteur a refusé de se prévaloir du secours de la loi civile pour obéir à une loi plus impérieuse, celle de la conscience?

« La véritable base de l'obligation est toujours dans la conscience des contractants; *si donc cette base primaire apparaît au magistrat, le paiement qui en a été l'effet doit être sanctionné par la toute-puissance de la loi.* »

Il est bien difficile de restreindre, comme le font les auteurs qui n'admettent pas la formation d'une obligation naturelle, l'application d'un principe posé d'une façon si nette, si générale, et dont l'article 1235 est l'expression concise, aux obligations que la loi civile frappe de nullité dans l'intérêt privé des contractants; et d'exclure celles qui sont contraires à l'ordre public, sous prétexte que les exemples cités par Pothier et les rédacteurs du Code sont des cas où l'obligation est simplement annulable (comme celle contractée par un incapable, mineur ou femme mariée) ou paralysée dans son exercice par une exception péremptoire. C'est déclarer que les exemples cités sont limitatifs, et non pas simplement indicatifs; mais comment concilier cette interprétation avec la généralité du principe formulé par Pothier et les rédacteurs du Code? « Est-il vrai, d'ailleurs, dit M. Bozérian (1), que, pour Pothier, les obligations naturelles soient toutes les obligations qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, obligent ceux qui les ont

(1) *Loc. cit.*, p. 46.

contractées? que, pour M. Jaubert, ce soient toutes celles qui consistent dans la loi qui dérive de l'équité? que, pour M. Bigot-Préameneu, ce soient toutes celles qui, par des motifs particuliers, sont déclarées nulles par la loi civile? Si ces divers points ne peuvent être mis en doute, je crois qu'on essaie vainement d'établir une différence, d'une part, entre les obligations nulles et les obligations annulables, et de chercher dans les dispositions de certains articles un motif d'exclusion qui ne résulte, ni d'un texte précis de nos lois, ni de l'interprétation préliminaire que leurs auteurs en ont donnée. »

Le législateur lui-même paraît avoir formellement reconnu qu'une obligation frappée de nullité absolue comme contraire aux bonnes mœurs peut engendrer une obligation naturelle en prohibant la répétition de sommes payées pour dettes de jeu (art. 1967). Les partisans de la répétition répondent : Le législateur ne s'est pas dissimulé que, en principe, le jeu ne pouvait engendrer même une obligation naturelle et que, en conséquence, l'action en répétition aurait dû être admise pour ce qui avait été perdu au jeu; mais, faisant un sacrifice à nos mœurs qui nous font considérer les dettes de jeu comme des dettes d'honneur, il n'a pas cru devoir autoriser cette répétition. Nous ferons remarquer que cette affirmation n'est qu'une pétition de principe; il ne suffit pas de dire que l'article 1967 est une exception à l'article 1133 : il faudrait le prouver.

La véritable objection qu'on peut tirer de l'article 1967, pour combattre l'opinion qui repousse la répétition, se présente ainsi : Admettons que l'article 1967 sanctionne une obligation naturelle; pourquoi prohiber alors seule-

ment la répétition des sommes payées pour dettes de jeu? N'est-ce pas indiquer clairement que, dans notre droit actuel, aucune autre convention illicite ne produit une obligation naturelle?

Nous répondrons qu'il suffit de lire l'exposé de la législation du jeu (1) pour se convaincre qu'un texte formel était nécessaire afin d'empêcher la répétition en cette matière. Après la loi 4 au Digeste (2) autorisant la répétition et soumettant les sommes payées à la prescription de cinquante ans, nous trouvons les prohibitions des conciles punissant de déposition les clercs qui se laissaient aller à la passion du jeu, de nombreuses ordonnances royales de Saint-Louis (1254), de Charles V (1369), de Charles IX (ordonnance de février 1566), de Louis XIII (1629) édictant des peines contre les joueurs, déclarant toutes dettes contractées pour le jeu nulles et déchargées de toutes obligations civiles et naturelles, autorisant expressément la répétition pour les mineurs. Les obligations dérivant du jeu étaient donc vues, dans le droit romain et dans l'ancien droit, avec une défaveur qui suffit bien pour expliquer la disposition expresse de l'article 1967.

Nous tirerons même de cet article un argument en faveur de l'opinion qui fait produire aux contre-lettres une obligation naturelle. En effet, dans l'hypothèse de l'article 1967, comme dans la question qui nous occupe, nous sommes en présence d'une obligation : 1^o qui est illicite puisque Portalis et Siméon déclarent que le jeu n'est pas « une cause licite d'obligation » (3), parce qu'il est extrêmement dangereux; 2^o dont la cause est

(1) Guillaouard, *Contrats aléatoires*.

(2) Tit. 55, § 3, D. *De aleatoribus*.

(3) Fenet, t. XIV, p. 550.

contraire à l'ordre public, car l'histoire montre assez les ravages que peut produire dans la société la passion du jeu. Or, dans ce cas, le Code refuse la répétition ; c'est donc qu'il y voit une obligation naturelle, car « l'article 1235 porte que la répétition n'est point admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, et l'on reconnaît que c'est le trait distinctif de l'obligation naturelle, l'effet principal qu'elle produit » (1).

Nous pouvons donc conclure que, si le législateur, à cause de l'ancien droit, s'est cru obligé de refuser en termes exprès la répétition des sommes perdues au jeu, il n'a fait qu'appliquer le principe posé dans l'article 1235 *in fine*, principe également applicable aux sommes payées en exécution d'un traité secret ; car l'obligation qui naît de ce traité secret présente les mêmes caractères que l'obligation naissant du jeu et doit produire comme celle-ci une obligation naturelle.

En résumé, l'examen de l'ancien droit, des travaux préparatoires et du Code, nous porte plutôt à admettre l'existence d'une obligation naturelle et il nous semble difficile de dire avec MM. Aubry et Rau (2) : « L'article 1235 ne se réfère évidemment pas aux obligations naturelles frappées de réprobation par le droit positif ; et la loi civile ne pourrait, sans se mettre en contradiction avec elle-même, leur accorder un effet quelconque, fût-ce le simple bénéfice d'une exception contre l'action en répétition de sommes payées en vertu de pareilles obligations. Le paiement, en ce cas, est à considérer comme fait sans cause juste, c'est-à-dire susceptible d'être prise en considération par le juge. »

(1) Guillouard, *Contrats aléatoires*, § 36 *in fine*, p. 58.

(2) Aubry et Rau, t. VI, § 297, note 26.

Bien plus, admettre que l'obligation ne puisse en aucune façon être exécutée, c'est aller contre les règles de la bonne foi et de l'équité. Le cessionnaire et le cédant ont traité librement en connaissance de cause; le cessionnaire a reçu un équivalent de son supplément de prix, car, sans l'espérance qu'il avait d'être payé de la somme portée dans la contre-lettre le cédant aurait gardé son office. Et la conscience de l'acheteur ne serait pas engagée!

Et il ne s'agit pas d'un simple devoir de conscience, de ce qu'on appelle un devoir moral. « Les obligations naturelles ressemblent, il est vrai, disent MM. de la Bigne et Henry (1), aux devoirs moraux, en ce qu'elles ne lient que dans le for intérieur, et que celui qui en est tenu est également libre de ne pas les exécuter; mais leur nature ne ferait point obstacle à ce que le législateur les sanctionnât, tandis que la nature des devoirs moraux exclut, en ce qui les concerne, la possibilité d'une coercition extérieure. » Or l'acheteur de l'office a promis un supplément de prix; il a contracté un devoir de conscience, devoir dont la nature ne fait point obstacle à ce que le législateur le sanctionne en termes formels: il est donc tenu d'une véritable obligation naturelle.

Il y aurait d'ailleurs un moyen de concilier la répétition avec les règles de l'équité. La cession de l'office a été consentie moyennant un certain prix dont une fraction a fait l'objet d'une convention secrète, il est vrai; mais cette fraction n'en est pas moins une partie du prix total que le cédant a exigée et qu'il s'attend à recevoir. Si on lui enlève la somme payée en vertu de la contre-

(1) *Cours de droit civil*, t. II, p. 1007.

lettre, la transmission de l'office n'a plus de cause suffisante et doit être annulée. On veut une *restitutio in integrum* ; qu'on l'admette pour les deux parties et qu'on remette, autant qu'il sera possible, les choses dans l'état qui a précédé la cession.

Une dernière objection consiste à dire que les conventions nulles comme contraires à l'article 1133 ne doivent produire aucun effet, et que ce serait leur faire produire un effet que de refuser la répétition au cessionnaire qui a payé une somme promise par traité secret.

Mais remarquons qu'il ne suffit pas d'admettre la répétition pour empêcher le traité secret de produire un effet, puisque, la plupart du temps, le cédant n'aurait pas vendu son office s'il n'avait eu l'espoir de recevoir une somme plus considérable que celle dont le traité ostensible faisait mention ; et que le cessionnaire reste en possession de l'office, tout en ne payant qu'une partie du prix. La législation des édits était beaucoup plus équitable, puisqu'elle ne permettait à aucune des parties de profiter de la dissimulation (1).

Nous avons, croyons-nous, suffisamment montré que, si la théorie de la répétition, dans notre hypothèse spéciale, n'est pas contraire à un texte précis du Code, elle semble au moins s'écarter de l'esprit dans lequel l'article 1235 a été rédigé.

Telle n'est pas, cependant, la manière de voir qui a triomphé dans la jurisprudence (2). Les considérations d'intérêt public, si éloquemment développées depuis

(1) *Suprà*, p. 2 et 3.

(2) *Suprà*, p. 41.

1840, pourraient bien n'être, comme on l'a dit (1), qu'une « provocation à l'arbitraire » ; mais il n'en est pas moins vrai que la théorie de l'obligation naturelle n'aurait plus aujourd'hui aucune chance d'être admise par les tribunaux.

Nous venons de signaler le principal intérêt de la question de savoir si la contre-lettre engendre une obligation naturelle ; c'est au point de vue de la répétition. Mais il y en a d'autres qu'il convient de rappeler brièvement.

L'obligation résultant de la contre-lettre peut-elle donner lieu à une novation, à un cautionnement, à une transaction ?

§ 2. — Novation

Cette question sera étudiée plus utilement sous la rubrique des fins de non-recevoir contre l'action en nullité et en répétition.

§ 3. — Cautionnement

Peut-on cautionner l'engagement de payer un supplément de prix ? Aux termes de l'article 2102 du Code civil, le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ; or, dans le système de la jurisprudence actuelle, le traité secret ne donne naissance qu'à un engagement illicite frappé d'une nullité absolue ; il ne produit ni obligation civile ni obligation naturelle ; il n'est donc pas susceptible de cautionnement (2). Jusqu'en 1843,

(1) Conclusions de l'avocat général Rouland, Rouen, 18 février 1842 ; D. 42, 2. 121.

(2) Lyon, 21 janvier 1847 ; S. 47, 2. 230 ; — Req., 10 juillet 1849 ; S. 49, 1. 577 ; — Poitiers, 12 décembre 1882 ; D. 83, 2. 101 ; — Cass., 18 mars 1895 ; D. 95, 1. 347.

cependant, il avait été jugé plusieurs fois (1) que la caution qui s'était obligée au paiement du prix d'un office, tel qu'il est fixé dans le traité ostensible, ne pouvait critiquer le paiement d'un supplément de prix avec des fonds mis par elle à la disposition de l'acquéreur de l'office et demander l'imputation sur le prix supplémentaire. Ces décisions, avons-nous dit, sont absolument contraires à la jurisprudence actuelle, mais les partisans de l'obligation naturelle les considèrent encore aujourd'hui comme plus juridiques.

§ 4. — Transaction

La transaction n'est pas admise par la jurisprudence en matière de traités secrets; car elle aboutit à une renonciation partielle à l'action en nullité ou en restitution; elle peut n'être qu'une exécution déguisée de la convention illicite dont la nullité absolue et d'ordre public l'atteint. Les sommes versées en exécution de la transaction seraient donc, d'après ce système, sujettes à répétition, car les tribunaux n'admettent pas qu'on règle à l'amiable des difficultés qu'ils prétendent avoir seuls le droit de résoudre.

Ainsi, supposons que le cessionnaire, créancier du cédant parce qu'il a payé un supplément de prix, se trouve, d'autre part, son débiteur pour une somme indéterminée, prix d'une jouissance d'immeubles, par exemple; d'après la jurisprudence, les parties ne pourront, dans ce cas, fixer équitablement la somme à ré-

(1) Cass., 7 juillet 1841; S. 41, 1. 693; — Paris, 15 février 1840; S. 40, 2. 84; — Metz, 14 février 1843; S. 43, 2. 449.

clamer par le nouveau titulaire; elles devront plaider, parce qu'il y a en cause le paiement d'une contre-lettre. Il en serait de même s'il y avait difficulté sur le mode d'exécution d'une clause du traité ostensible.

Les partisans de l'obligation naturelle ne manqueront pas de faire observer, avec raison, qu'il est étrange que le Code (art. 2046) permette de transiger sur l'action civile naissant d'un délit, que la pratique admette les transactions sur une action en restitution d'intérêts usuraires, ou sur les intérêts pécuniaires subordonnés à l'état même contesté d'une personne (1), et que, en matière de cessions d'offices, le pouvoir de transiger n'existe plus.

Enfin, il est souvent difficile de considérer la transaction comme une simple exécution du traité secret, puisque cette convention suppose un sacrifice de la part de chaque contractant et des concessions réciproques. Nous présumons, bien entendu, qu'il s'agit d'une véritable transaction, et non pas d'un acte qualifié tel qui n'en aurait que l'apparence.

Quoi qu'il en soit, les transactions, d'après la Cour de cassation, participent nécessairement à la nullité radicale dont sont frappées les stipulations dérogoires au traité ostensible; et il en est de même du compromis et de l'arbitrage qui auraient eu pour objet un traité secret (2).

(1) Aubry et Rau, § 420, 4°.

(2) Cass., 7 juillet 1841; S. 41, 1. 572; D. 41, 1 302; — Cass., 20 juin 1848; S. 48, 1. 450; — Lyon, 24 août 1849; S. 50, 2. 36; — Amiens, 25 août 1853, D. 53, 2. 213; Req., 5 novembre 1856 (D. 56, 1. 97); — Orléans, 31 mai 1855; D. 55, 2. 225.

Telles sont les principales conséquences tirées, par la jurisprudence, de la théorie qu'elle adopte en matière de contre-lettres.

Mais, en admettant même que celles-ci ne produisent ni obligation civile ni obligation naturelle, leur exécution ne peut-elle être cependant validée? C'est ce que nous allons examiner.

SECTION III

L'EFFICACITÉ DES CONTRE-LETTRES NE PEUT-ELLE ÊTRE SOUTENUE
AU NOM DE CERTAINES MAXIMES EMPRUNTÉES À LA LÉGISLA-
TION ROMAINE?

Les partisans de la répétition, après avoir triomphé de l'objection tirée de l'obligation naturelle, ont dû en réfuter une seconde que nous voyons apparaître pour la première fois dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1^{er} août 1844 (1). En voici la formule classique : *In pari et turpi causa melior est conditio possidentis*; — *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Appliquées à notre espèce, ces maximes signifient que celui qui a contracté, en forme de contre-lettre, une obligation immorale ou illicite ne peut agir en justice au sujet de cette obligation, et que, lorsque la cause de l'obligation est honteuse pour les deux parties, celle qui possède ne peut être dépossédée par une intervention de la justice. C'est ce que les jurisconsultes romains exprimaient encore sous cette autre forme : *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudinis versatur, non posse repeti dicimus*

(1) D. 44, 1. 293.

loi 3, D. *De conditione ob turpem causam*); — *Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare dicimus* (loi 8, *id.*). La consécration de ces maximes par notre législation fut admise en principe, mais leur application aux contre-lettres fut repoussée en ces termes par l'arrêt précité : « Attendu que la maxime : *In pari causa melior est conditio possidentis*, ne peut s'appliquer à la cause parce que, *dans les hypothèses du droit romain*, PEU IMPORTE A LA SOCIÉTÉ à qui des deux complices ÉGALEMENT en faute doit appartenir la somme, objet du paiement consommé; tandis que, dans la cause où il s'agit du prix d'un office public, il en est tout autrement, par ce motif que la faute n'est pas égale entre le postulant et le titulaire, puisque c'est ce dernier, fonctionnaire public, ayant en cette qualité des devoirs plus étroits, qui a fait subir la loi d'un prix exagéré au postulant... » (1).

Avant de discuter le principe de la consécration par notre droit des maximes romaines, commençons par examiner les motifs qui les ont fait repousser en notre matière. Est-il vrai, d'une manière générale, que la faute ne soit pas aussi grande de la part du cessionnaire que du côté du cédant? Il y a culpabilité des deux côtés, c'est certain; mais, il nous semble que la théorie de l'inégalité dans l'indignité des deux contractants n'a existé que dans l'esprit des juges; peut-être même n'était-ce qu'un prétexte pour écarter la maxime romaine dont ils n'osaient s'affranchir ouvertement. En effet, celui qui entre en fonctions a les mêmes devoirs, est tenu à la même délicatesse que celui qui en sort. Le-

(1) En ce sens, Req., 4 août 1845; Req., 22 juin 1748.

quel des deux est le plus coupable de celui qui termine sa carrière par une violation de la loi (la première faute qu'il ait commise peut-être) ou de celui qui débute par une égale violation de la même loi? Il est difficile de savoir, d'ailleurs, quelles considérations ont respectivement déterminé les deux parties à traiter : si c'est le titulaire qui a fait subir au futur officier ministériel la loi d'un prix exagéré, ou si c'est l'acheteur dont les offres ont séduit le vendeur. Qui forçait le postulant à acheter? Pourquoi a-t-il signé la contre-lettre, alors qu'il était entièrement libre? Les deux contractants ont été d'accord pour éluder les prescriptions nécessaires à l'ordre public ; ils l'ont fait volontairement, en connaissance de cause l'un de l'autre ; tous deux sont donc également coupables. Poser en principe que le cédant est le plus coupable (1), c'est aller contre l'évidence dans certaines circonstances ; lorsque, par exemple, plusieurs concurrents sollicitent la démission d'un titulaire d'office et que ce sont les offres plus avantageuses de l'un des postulants, contenues dans un traité secret, qui ont déterminé l'officier ministériel à céder son office. Dans ce cas, le plus coupable n'est-il pas le cessionnaire qui a posé les bases d'un marché que le cédant n'aurait jamais proposé? Si on entre dans cette voie de l'appréciation de la faute respective, il en résulte que le droit de répétition ne devrait pas toujours être accordé et que les tribunaux, ayant à juger la conduite et la culpabilité des parties, « devraient se livrer à des recherches et à des appréciations dont l'arbitraire serait le moindre défaut » (2).

(1) Aubry et Rau, § 442 bis, n° 7.

(2) Bozérian, *loc. cit.*, p. 46.

Il nous semble donc que, si la maxime romaine est admise par notre droit actuel, elle doit recevoir aussi bien son application dans les contre-lettres en matière de cessions d'offices que dans tous les autres contrats illicites.

Reste la question de principe elle-même qui peut être posée dans ces termes : Les maximes romaines constituent-elles encore aujourd'hui une fin de non-recevoir contre la demande en répétition de sommes payées en exécution d'un contrat nul comme contraire à l'ordre public ?

Nous avons à examiner successivement :

1^o Si, dans notre droit actuel, il n'y a pas lieu à répétition par application des maximes précitées, lorsqu'il y a eu paiement fait en exécution d'une obligation dont la cause est illicite ou honteuse pour les deux contractants ;

2^o Si l'indignité des contractants s'oppose à ce que la justice leur prête son concours. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

A) *La faute commune constitue-elle un obstacle à la répétition ?*

La disposition de notre article 1181 : « L'obligation... sur cause illicite ne peut avoir aucun effet », et celle de l'article 1235 : « Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition », existaient à Rome, mais moins absolues et plus développées (1). Les jurisconsultes Paul et Ulpien admettaient que, lorsque la cause n'est illicite que de la part du stipulant, l'obligé pouvait répéter ce qu'il avait payé parce que le contrat était absolument nul. Lorsque, au contraire, la cause était illicite de part et d'autre (sti-

(1) V. au Digeste (*De condictione ob turpem vel injustam causam*, liv. XII, t. IV, § 1, 2, 3) et au Code (*eod., tit.*, liv. IV, t. VII, § 2 et 4).

pulant et promettant), l'action en répétition était refusée à l'obligé comme l'action en paiement au stipulant, l'indignité des deux contractants faisant obstacle à ce que la loi leur accordât sa protection : *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus* (1) ».

La distinction de Paul et d'Ulpien a été adoptée par nos anciens juriconsultes, spécialement par Domat et Pothier.

Domat (2) déclare que, si la convention est illicite de part et d'autre, celui qui a payé est justement dépouillé de ce qu'il a donné et ne peut pas le répéter. La répétition, au contraire, est admise au profit de celui qui a payé, lorsque la cause de l'obligation n'est illicite ou malhonnête que de la part de celui qui a reçu. Pothier approuve pleinement la théorie romaine (§ 43) : « Observez, dit-il, à l'égard de cette action (l'action en répétition), si la cause pour laquelle on a promis quelque chose blessait la justice ou les bonnes mœurs, du côté seulement de la partie qui stipulait ou de la part des deux parties. »

Il donne de cette distinction deux exemples : 1° une terre seigneuriale ayant été vendue par décret, le débiteur saisi refuse de remettre les titres à l'adjudicataire, si celui-ci ne consent à lui payer une certaine somme ; 2° un officier promet une somme à un soldat pour qu'il se batte en duel contre un soldat d'un autre régiment.

Ce second cas diffère du premier, dit Pothier, en ce que, si, en exécution de ce contrat et malgré sa nullité, l'officier a payé la somme convenue, il n'en aura pas la répétition comme l'adjudicataire dans le cas précédent,

(1) Paul, Dig., § 3.

(2) T. XVIII, sect. 4, § 5.

« car l'officier qui a promis la récompense, n'ayant pas moins péché contre les lois et les bonnes mœurs que le soldat à qui il l'a promise, est indigne du secours des lois pour la répétition de la somme » (§ 43 *in fine*).

Ainsi s'exprime Pothier, dont les traités ont servi de base à notre Code « qui en est la substance » (1).

Dans l'ancien droit, le tempérament résultant de l'indignité des deux contractants n'était pourtant établi par aucun texte de loi formel; on ne doit donc pas s'étonner, disent les adversaires de la répétition, que l'article 1235 ne mentionne pas l'exception en même temps que la règle.

Rien dans les travaux préparatoires ne peut nous servir à éclairer la question. « Toute obligation doit être proscrite, si elle a été contractée malgré la défense de la loi, ou si elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public » (2). « La quatrième et dernière des conditions essentielles à la validité des conventions est qu'elles présentent une cause exprimée ou non, mais réelle et licite » (3). Voilà ce que disent l'exposé des motifs et la discussion du titre des obligations. En présence de ce laconisme, un grand nombre d'interprètes du Code admettent que la répétition, recevable si la cause est illicite d'un seul côté, ne l'est plus quand des deux côtés elle est illicite (4).

(1) *Discours du tribun Mouricault*, Fenet, t. XIII, p. 414.

(2) Bigot-Préameneu, Fenet, t. XIII, p. 228.

(3) *Discours du tribun Mouricault*, Fenet, t. XIII, p. 419.

(4) Merlin, *Questions de droit*, v^o *Cause des obligations*, § 1, n^o 2; — Toullier, t. VI, n^o 126; — Massé et Vergé, t. IV, § 623, note 3; — Aubry et Rau, § 442 *bis*, texte et note 8; — Bozérian, *Revue Pratique*, t. V, n^o 1.

M. Ernest Dubois (1) résume aussi clairement que possible les arguments tirés du droit romain et du droit coutumier : « De ce que les rédacteurs du Code n'ont pas écrit de dispositions formelles sur la question qui nous occupe, on ne peut conclure qu'ils ont voulu s'écarter, sur cette question, de la solution admise par le droit romain et Pothier. Rien ne prouve que telle ait été leur intention. Il ressort, au contraire, des travaux préparatoires que, en rédigeant les articles 1235, 1376 à 1381, ils avaient en vue uniquement cette action en répétition de l'indû que les Romains et Pothier appelaient *condictio indebiti* proprement dite. Mais, à côté de cette action en répétition, les Romains et Pothier en reconnaissaient d'autres : la *condictio sine causa*, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, avec leurs règles spéciales appropriées à la différence des situations. Cette distinction entre les actions en répétition n'était pas arbitraire, mais bien fondée, comme nous venons de le dire, sur la diversité des situations, c'est-à-dire sur la nature même des choses. Aussi croyons-nous que cette distinction doit encore être faite aujourd'hui sous l'empire du Code et que le silence gardé par ses rédacteurs ne suffit pas à la faire rejeter lorsqu'elle a pour elle l'autorité de tels précédents et de la raison, et qu'elle n'a, d'ailleurs, rien de contraire à l'esprit général du droit moderne. » Nous devons ajouter que les interprètes du droit ne sont pas d'accord sur le principe admis en droit romain, à propos des obligations sur cause illicite. M. Marcadé (2), à l'aide d'un texte tiré de la *condictio indebiti* (3), préten-

(1) Sous Cass. civ., 15 déc 1873; *Journal du Palais*, 1874, p. 624.

(2) Sur l'article 1134.

(3) Loi 1 Dig., liv. XII, t. VI.

dit prouver que le droit romain, à la différence du nôtre, permettait qu'on s'enrichît aux dépens d'autrui et n'accordait la répétition à celui qui avait payé indûment qu'autant qu'il l'avait fait par erreur; que, par conséquent, on ne devait pas argumenter du droit romain. M. Bozérian (1) a réfuté cette double assertion : 1° en prouvant que les textes qui peuvent éclairer la question doivent être pris dans le titre *De condictione ob turpem vel injustam causam*, et non pas dans le titre *De condictione indebiti*; 2° en citant un texte d'Ulpien qui montre clairement que la répétition n'était pas seulement admise en cas de paiement par erreur : « Ut puta, dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas; in qua specie Julianus scribit : Si tibi dederò, ne hominem occidas, repeti posse. — § 1. Item si tibi dederò, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mihi redderes » (2).

Mais en admettant même que Marcadé ait été induit en erreur par une confusion de textes, l'objection qu'il a formulée n'en subsiste pas moins tout entière.

La distinction consacrée par le droit romain peut-elle encore être admise en droit français. « Elle est repoussée, dit M. Laurent (3) par les termes généraux de la loi. Les articles 1131 et 1133 ne distinguent pas, et c'était bien le cas de distinguer, si les auteurs du Code avaient voulu maintenir la doctrine traditionnelle; ils l'avaient sous les yeux; Pothier l'enseigne; par cela seul que le législateur ne la reproduit pas, il la rejette. Les articles 1376 et 1377 sont également conçus dans les termes les plus

(1) *Revue Pratique*, p. 23 et suiv.

(2) *De condictione ob turpem causam*, loi 2.

(3) T. XVI, n° 164, p. 220.

absolus; y introduire une distinction, ce serait modifier la loi, c'est-à-dire la faire. »

Ces raisons, partagées par d'éminents jurisconsultes, nous semblent convaincantes. Comment admettre, en effet, que le législateur de 1804 n'ait pas mentionné une exception si importante au principe général, s'il a vraiment eu l'intention de maintenir cette exception, alors que Pothier la développe d'une façon si complète? On ne peut admettre d'exception sans texte. D'ailleurs, si l'on soutient qu'un pacte fondé sur une cause contraire à l'ordre public est incapable de produire même une obligation naturelle, il faut le considérer comme absolument inexistant. Il ne reste, en effet, que le fait du paiement d'une somme qui n'est pas due; or ce paiement ne peut conférer aucun droit et est sujet à répétition. La loi ne fait d'exception à la règle générale que pour les dettes de jeu et les obligations naturelles. Il est à remarquer, d'ailleurs, que ceux qui invoquent encore aujourd'hui les principes empruntés à la législation romaine sont obligés, pour les appliquer à la théorie des contre-lettres, de les dénaturer quelque peu. En effet, le principe romain était celui-ci : Quand il y a faute des deux côtés, la répétition n'est plus admise. Or, qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt de 1844 précité? Il semble qu'elle n'a pas pris la maxime telle que le droit romain l'avait donnée; elle l'a plutôt adaptée aux besoins de la cause : « Dans l'hypothèse du droit romain, dit-elle, peu importe à la société à qui des deux complices également en faute doit appartenir la somme objet du paiement consommé, tandis que dans la cause actuelle (prix d'un office public) il en est tout autrement. » Nous trouvons ici deux affirmations inexactes : le droit romain ne prévoit que des cas dans lesquels la faute est égale; la société n'a pas

d'intérêt à ce que la somme reste à l'un des contractants plutôt qu'à l'autre. L'examen des textes ne nous permet pas d'accepter ces propositions.

D'abord, aucun texte, soit dans le Digeste ou le Code pour le droit romain, soit dans Pothier pour le droit français, n'exige, pour qu'il n'y ait pas répétition, l'égalité dans la faute des deux parties. Nous trouvons simplement ces deux formules : *Ubi et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus* (*De condictione ob turpem causam*). « Observez, dit de son côté Pothier, qu'on doit distinguer si la cause pour laquelle on a promis quelque chose blessait la justice ou les bonnes mœurs du côté seulement de la partie qui stipulait ou de la part des deux parties » (Pothier, n° 43). Il n'est donc pas question d'égalité.

Si nous examinons, d'autre part, l'exemple donné par Paul dans le Digeste, nous trouvons qu'il ne répond guère aux conditions visées par la Cour de Paris. Le jurisconsulte romain suppose qu'un plaideur a donné de l'argent à son juge pour le corrompre et lui faire rendre un arrêt injuste : *Veluti si pecunia detur ut male judicetur*. Mais précisément dans ce cas :

1° Il n'est pas indifférent à la société que l'argent, cause du mal, reste en la possession de l'un ou de l'autre des deux complices. Le paiement de cette dette honteuse expose les citoyens aux plus graves dommages, car la tentation du juge sera d'autant plus grande que, une fois nanti de son salaire malhonnête, il sera sûr de pouvoir le conserver : si la société est intéressée à quelque chose, c'est à ce que l'argent ne reste pas aux mains du magistrat prévaricateur.

2° La faute n'est pas égale entre le juge et le justiciable : les devoirs du premier sont plus étroits que ceux

du second ; le justiciable cherche son intérêt, et c'est son excuse ; le juge, constitué gardien du bon ordre, de l'équité et de la bonne foi, devient indigne de la mission qui lui a été donnée, de la confiance qu'on lui a bien à tort accordée.

Il est donc évident que, dans l'hypothèse romaine, pour appliquer le principe consacré par la Cour de cassation, la répétition aurait dû être accordée, car il n'y a point égalité dans la faute et situation indifférente pour la société. Or Paul la refuse formellement : *Non posse repeti dicimus*.

Nous en sommes réduits à conclure que la Cour de cassation s'est trompée, ou plutôt qu'elle a cherché le moyen de ne pas appliquer un principe qu'elle n'osait rejeter d'une façon péremptoire. Passons au deuxième argument tiré du droit romain.

B) La maxime « *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* » paralyse-t-elle le droit d'invoquer la nullité de la contre-lettre ?

Les articles 1131 et 1133 du Code civil déclarent qu'une convention illicite ne peut avoir aucun effet ; ce principe ne rend-il pas absolument nécessaire la répétition ? car, si les sommes payées ne peuvent être répétées, le traité secret aura produit son effet. Cette argumentation, prétendent MM. Aubry et Rau (1), repose sur une confusion : « Si, l'action en répétition se trouvant écartée, le défendeur conserve de fait ce qui lui a été payé en exécution de la convention contraire à la loi ou à l'ordre public, il ne le retient pas cependant en vertu de cette convention, mais bien à raison de l'indignité du demandeur en répétition qui n'est pas recevable à alléguer sa propre

(1) T. IV, § 442 bis, note 8, p. 742.

turpitude. » Malgré les articles 1131 et 1133 la maxime *Nemo auditur...* ferait donc obstacle à la répétition.

M. Laurent n'admet pas cette situation. « La loi, dit-on, ne permet pas aux parties d'alléguer leur turpitude (1). Quelle est cette loi ? On la chercherait vainement dans notre Code. C'est le prestige du droit romain qui fait illusion aux magistrats ; jadis on disait : C'est écrit, et ce qui était écrit dans les compilations de Justinien était la loi par excellence. Aujourd'hui, cette loi est abolie, et bientôt ce ne sera plus que de l'histoire... Est-ce le Digeste qui nous régit, ou est-ce le Code Napoléon » (2) ?

La Cour de cassation, qui avait presque toujours admis la maxime précitée, a été amenée peu à peu à en restreindre les applications, et précisément la première exception qu'elle a apportée à l'application de cette maxime a été introduite à propos des contre-lettres en matière de cessions d'offices. Enfin, elle paraît avoir définitivement abandonné le principe lui-même dans un arrêt de Cassation du 25 janvier 1887. Nous n'hésitons pas à approuver cette jurisprudence de la Cour suprême.

Que veut dire, en effet, la maxime romaine ? « C'est, dit-on, que des gens qui contractent sciemment une obligation illicite ou immorale sont indignes de la protection des juges ; ce sont des individus hors la loi dont la pudeur des magistrats se refuse à trancher les différends. Pour eux, le droit, c'est le fait ; la loi veut ignorer leurs actes : heureux celui qui, plus habile, parviendra à faire exécuter l'obligation de son débiteur sans payer la sienne

(1) Paris, 23 juillet, 24 août 1853 (D., 53, 5. 450) ; 4 février 1854 (D. 54, 2. 149).

(2) Laurent, t. XVI, n° 164, p. 221, 222.

propre ; il pourra jouir en paix de son vol, protégé par le dédain de la loi.

« Il y a bien d'abord quelque bizarrerie à prétendre ainsi que le prétoire du juge n'entend de discours que d'honnêtes gens. En outre, c'est une singulière transposition historique que celle qui considère aujourd'hui le recours aux tribunaux comme une faveur, à l'instar de toutes les sociétés primitives où le droit commun est encore l'emploi de la force, et où, au moins au cas de déni de justice, il reste toujours licite de se protéger soi-même » (1).

Ce sont des préoccupations de l'ordre le plus élevé qui ont fait abandonner par les tribunaux la théorie romaine. L'ordre public est intéressé à ce qu'il en soit ainsi. C'est lui qu'on doit sauvegarder avant tout, et c'est la vraie raison pour laquelle la répétition a été admise, parce que c'est précisément le paiement de cette partie du prix exagérée et cachée qui expose le postulant, devenu titulaire, au danger de manquer à ses devoirs, et le public à de graves dommages. La jurisprudence a donc pour but, en accordant la répétition comme en refusant l'action en paiement, d'empêcher les effets que pourrait produire une exécution même volontaire de la contre-lettre, et de faire en sorte que le nouveau titulaire ne se dessaisisse pas des sommes qui constitueraient pour lui une avance précieuse et même nécessaire au bon fonctionnement de son office, ou qu'il puisse les recouvrer s'il s'en est dessaisi. Ce qu'il faut pour empêcher les contre-lettres, c'est que la sécurité manque aux contractants, qu'ils soient à la merci l'un de l'autre jusqu'à ce que le temps requis pour la pres-

(1) Note de M. Meynial, sous Cass., 18 janvier 1888 ; S. 90, 2. 97.

cription soit écoulé. Or, s'il était admis qu'une fois payé, le cédant ne pourrait plus se voir redemander l'argent versé en exécution du traité secret, il en résulterait pour lui quelque sécurité. Si, au contraire, jusqu'à ce que la prescription soit acquise, le cessionnaire ou ses héritiers peuvent répéter les sommes payées en dehors du traité ostensible, le cédant ne fera plus de stipulations secrètes qui ne lui serviraient à rien.

Nous avons approuvé la jurisprudence en ce qu'elle admet la répétition, dès lors qu'elle ne reconnaît pas ici d'obligation naturelle. Et cependant on pourrait contre son système formuler plus d'une objection. Ne pourrait-on pas dire que, pour mettre le cédant à la merci du cessionnaire, il suffit de refuser au premier l'action en paiement? Le nouveau titulaire trouvera plus simple de ne pas payer que de payer pour agir en répétition. Il faut bien avouer aussi que, en accordant la répétition, on arrive à donner une certaine sécurité au cessionnaire de mauvaise foi qui n'hésitera pas à signer une contre-lettre, même à la provoquer et à en payer le montant, pour décider l'officier ministériel à lui céder son étude; car il est certain de pouvoir plus tard rentrer dans ses fonds, en agissant contre son vendeur ou ses héritiers, lorsqu'il sera lui-même retiré des affaires et à l'abri de toute poursuite disciplinaire. En outre, nous verrons qu'il n'y aura jamais répétition, précisément dans les cas où les sommes payées seraient le plus nécessaires au nouveau titulaire, c'est-à-dire lorsqu'il est menacé de la déconfiture à cause des sacrifices trop lourds qu'il s'est imposés pour l'acquisition de sa charge. En effet, les officiers ministériels, coupables de dissimulation envers la Chancellerie, étant passibles de peines disciplinaires qui peuvent aller jusqu'à la destitution, un notaire à bout de

ressources préférera souvent, plutôt que d'encourir une peine sévère, prolonger son existence par des moyens encore plus blâmables que l'action en répétition.

Il y aura répétition, au contraire, quand la déconfiture sera déclarée, quand le cessionnaire aura cédé à son tour ou sera mort en fonctions, alors que, dans tous ces cas, la répétition n'est plus un remède préventif, comme il serait à désirer qu'elle le fût. Et voilà comment le droit d'agir en répétition servira souvent de prime à la mauvaise foi.

Enfin, la répétition n'est pas de nature, en raison de sa publicité, à faire remonter dans l'estime et la confiance publiques des fonctions dont l'exercice ne devrait jamais donner prise à la moindre accusation d'indélicatesse, et dont la considération a été ébranlée par des désastres trop fréquents. Les citoyens pourront-ils avoir une confiance illimitée dans leur notaire, lorsqu'ils apprendront que cet officier ministériel, après avoir promis en pleine connaissance de cause et payé une somme stipulée dans une contre-lettre, aura profité, pour recouvrer son argent, d'un moyen que les tribunaux se sont cru obligés de sanctionner, mais que la conscience réprouve?

Ces considérations sont très graves, sans doute; nous ne les croyons pas néanmoins assez puissantes pour mettre obstacle à l'action en répétition. En résumé, s'il nous semble certain que le traité secret donne naissance à une obligation naturelle, nous n'admettons pas contre l'action en répétition les fins de non-recevoir tirées des principes romains : égalité dans la faute, indignité des contractants.

Quant à l'intérêt social, il est douteux que la répétition soit pour lui une sauvegarde bien appréciable,

même en admettant (ce qui n'est pas) qu'elle agisse toujours efficacement. Nombreux sont, en effet, les moyens grâce auxquels, en dehors de la contre-lettre, les officiers ministériels peuvent dépasser le prix fixé dans le traité ostensible d'une cession, comme la remise de titres à un tiers, l'évaluation exagérée des produits, etc. Nous ne tenterons pas d'examiner ni même d'énumérer ces fraudes ; nous constaterons simplement que, si l'intention de la jurisprudence est louable, le but qu'elle se propose est rarement atteint.

CHAPITRE III

QUELLES CONVENTIONS SONT CONSIDÉRÉES COMME CONTRE-LETTRES

La nullité des traités secrets doit être prononcée, dès qu'elle est demandée, quand ils renferment stipulation d'un supplément de prix de cession.

Cette nullité est applicable à la cession de tous les offices énumérés par l'article 91 de la loi de 1816. Il y eut jusqu'en 1841 une exception en faveur des agents de change à cause du mode de présentation et de nomination qui fut longtemps usité à leur égard. Le gouvernement se préoccupait uniquement des conditions de moralité et de capacité du candidat et s'en rapportait sur ce point aux renseignements fournis par la Chambre syndicale ; il n'exigeait aucun traité. La nomination emportait donc ratification tacite de toutes les clauses de ce traité ; et il ne pouvait être question de stipulations soustraites au contrôle de l'autorité, puisqu'aucune des conditions de cession ne lui était soumise. Mais cet état des choses n'existe plus depuis la loi du 25 mars 1841, qui exige (art. 6) que tout traité passé entre le titulaire et son successeur désigné soit constaté par écrit et enregistré avant d'être produit à l'appui de la demande de nomination. L'autorité doit s'assurer de la formalité de

l'enregistrement préalable et connaît, par conséquent, le prix de cession déclaré ; dès lors, toute clause concernant le prix qui ne serait pas insérée dans le traité doit être réputée soustraite au contrôle ministériel et déclarée nulle comme contraire à l'ordre public (1). Les courtiers de commerce se sont trouvés également, par la loi de 1841, contraints de produire leurs traités de cession.

Le principe s'applique même à la transmission des offices non compris dans l'énumération de l'article 91, par exemple, aux charges de gardes de commerce. On pourrait objecter que les termes de la loi sont limitatifs et qu'il faut un texte pour soustraire une profession quelconque au droit commun. Nous répondrons que l'intérêt public exige la modération du prix des offices qui ne sont pas compris dans la loi de 1816 comme de ceux qui s'y trouvent énumérés.

La nullité des traités secrets doit donc être reconnue, quelque soit l'office dont ils prétendent régler la cession. Mais il faut, bien entendu, qu'il y ait dérogation aux conditions du traité ostensible : aussi la jurisprudence a refusé d'annuler les conventions portant augmentation du prix fixé dans le traité de cession d'un office, alors que ces conventions avaient été faites à une époque où la production d'aucun traité n'était exigée (2). De même, dans le cas où un officier ministériel s'engage envers un collègue à lui verser une certaine somme à raison d'un échange de résidence autorisé par le tribunal, cet engagement est valable, puisqu'il n'y

(1) Cass., Req., 24 août 1853 ; D. 54, 1. 256 ; — Ch. civ., 24 juillet 1855 ; D. 55, 1. 331 ; — Limoges, 10 décembre 1856 ; D. 57, 2. 136.

(2) Req., 24 août 1853 ; D. 54, 1. 355.

a eu ni cession ni traité produit (1). La Cour de Grenoble (2) a également validé la convention par laquelle un huissier s'est interdit, à raison du changement de résidence qui lui est imposé par le tribunal, de faire des démarches pour obtenir son retour dans le canton. Les parties n'ont nullement eu l'intention d'entraver l'action de l'autorité, et leur convention ne porte pas atteinte à l'ordre public.

Objet de la dissimulation. — La jurisprudence n'a d'abord annulé que les traités secrets portant supplément de prix et augmentant la somme indiquée au traité ostensible. Mais elle n'a pas tardé à devenir plus sévère et à annuler :

- 1° Les contre-lettres diminuant le prix ostensible ;
- 2° Les contre-lettres dissimulées sous l'apparence de contrats à titre onéreux ;
- 3° Certaines clauses accessoires.

1° Contre-lettres diminuant le prix ostensible

La jurisprudence a depuis longtemps admis qu'il est indifférent que le prix stipulé dans la contre-lettre dépasse ou non la valeur de l'office, l'appréciation de cette valeur appartenant au garde des Sceaux, et non aux tribunaux qui ne pourraient, « sans excès de pouvoir et sans méconnaître leur compétence, valider le paiement d'une contre-lettre relative à la transmission d'un office en faisant eux-mêmes l'évaluation de ses produits » (3). Nous remarquerons en passant qu'il est regrettable que

(1) Agen, 17 juin 1861 ; D. 62, 2. 51.

(2) 4 juin 1860 ; S. 61, 2. 151.

(3) Civ., Cass., 5 janvier 1846 ; D. 46, 1. 15.

ce pouvoir d'appréciation ne soit pas reconnu aux juges ; c'eût été le seul moyen, pour eux, de ne pas dépasser les limites de la sévérité désirable. Il a été jugé que la nullité d'ordre public atteindrait même le traité secret réservant la fixation du prix de l'office, ce traité eût-il été passé entre le père et le fils, et le prix ultérieurement déterminé en vertu de la convention s'accordât-il avec la valeur de l'office (1).

De là à proscrire également les contre-lettres qui diminuent le prix de cession au lieu de l'augmenter, la distance était facile à franchir : la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 février 1853 (2), n'hésita pas à aller jusque-là : « Pour sauver de pareils traités, dit l'arrêt, on distinguerait vainement entre le cas où leur effet serait de diminuer le prix ostensible et celui où il l'augmenterait ; cette distinction arbitraire et dangereuse n'enlèverait pas à la simulation son caractère d'illégalité, abstraction faite du but direct ou indirect de cette simulation. » Nous admettons que le principe pourrait produire ces conséquences extrêmes, s'il était écrit formellement dans une loi. « Mais, dit M. Dalloz sous l'arrêt cité, qui n'aperçoit combien la base en est fragile, quand cette déduction procède d'une règle que des considérations d'ordre public, plus ou moins applicables aux règles particulières, ont seules inspirée ? »

En effet, pourquoi les contre-lettres sont-elles annulées ? C'est parce que l'autorité compétente, gardienne de l'intérêt public, doit réduire les charges trop lourdes

(1) Civ., Cass., 29 novembre 1848 ; D. 49, 1. 15.

(2) D. 53, 1. 41. — Cf. civ., 5 janvier 1846 ; D. 46, 1. 14 ; — Paris, 31 janvier 1851 ; D. 52, 2. 38 ; — Bordeaux, 10 juin 1853 ; D. 55, 2. 322 ; — *Contra*, Bourges, 5 janvier 1850 ; D. 52, 2. 33.

pouvant entraîner le nouveau titulaire à des indécidables graves qui compromettraient sa fortune et celle de ses clients. Supposons, au contraire, qu'un traité de cession soumis à la Chancellerie porte un prix de 50,000 francs et que le jour même, par une contre-lettre, le cédant s'engage à ne demander que 40.000 francs au cessionnaire. Est-ce que cette contre-lettre compromet l'ordre public, puisque le nouveau titulaire devra payer sa charge moins cher que la Chancellerie ne l'avait autorisé à le faire? C'est pourtant ce que prétend la Chambre Civile de la Cour de cassation (1). « Il en résulterait, dit-elle, que la position des parties, au moment de la nomination, ne serait plus celle qui a été appréciée par le gouvernement et qui a déterminé son appréciation. » N'est-ce pas supposer que l'autorité, qui, dans notre espèce, a approuvé le prix de 50.000 francs, aurait refusé son agrément si ce prix avait été seulement porté à 40.000, pour cette raison sans doute que, dans ce dernier cas, les charges qui pèseraient sur le cessionnaire seraient plus considérables que dans le premier?

Cette jurisprudence serait justifiée si le gouvernement était partie nécessaire au traité de cession, ce qui rendrait nulle *a priori* toute convention à laquelle la Chancellerie n'aurait pas pris part. Mais précisément nous croyons avoir bien démontré que l'agrément du pouvoir n'est qu'une condition suspensive du contrat. Les tribunaux eux-mêmes le reconnaissent formellement (2).

Nous repoussons donc absolument la doctrine des arrêts précités comme consacrant une application exagérée

(1) 2 mars 1864; D. 64, 1. 155.

(2) Paris, 9 décembre 1892; D. 92, 2. 123 et les renvois.

de la nullité des contre-lettres, et nous considérons que le garde des Sceaux, en approuvant les conditions qui lui sont soumises, fixe le maximum des charges qu'il juge pouvoir être supportées sans danger par le nouveau titulaire, mais n'interdit pas aux parties de diminuer ces charges d'un commun accord; il donne par avance son agrément à toute diminution stipulée en faveur du cessionnaire.

A l'appui de cet argument, qui est conforme à l'esprit de la loi de 1816, on peut encore faire le raisonnement suivant. Une jurisprudence constante admet la validité des donations indirectes et spécialement des donations faites sous forme de remise de dette. Or, qu'est-ce autre chose qu'une remise de dette que cette contre-lettre qui diminue le prix de l'office? Elle est donc valable comme libéralité indirecte.

Il est regrettable que les tribunaux aient considéré comme nécessaire cette déduction extrême du droit de contrôle de la Chancellerie, déduction illogique, selon nous, puisque toute la jurisprudence a pour but de protéger le cessionnaire de l'office contre son inexpérience présumée qui pourrait l'entraîner à payer un prix excessif. Quoi qu'il en soit, la règle posée par la Cour de cassation est bien établie et peut se formuler ainsi : les contractants ne sauraient modifier les clauses du traité produit par des conventions postérieures à la production et antérieures à la nomination du successeur désigné » (1). Toute modification, quelle qu'elle soit, avantageuse ou non pour le cessionnaire, est rigoureusement interdite et nulle de nullité absolue. C'est, d'ailleurs, au cédant qu'elle sera le plus souvent avantageuse.

(1) Ch. civ., 19 mars 1884; D. 85, 1. 431.

Mais cet avantage peut se dissimuler sous bien des formes.

Rappelons à cet égard quel est le principe : Tout traité secret qui n'est qu'un arrangement combiné entre les parties pour faire monter le prix de l'office à tout événement, et quelle que soit la fixation du prix faite par la Chancellerie, à une certaine somme, est illicite et contraire à l'ordre public. Nous ne prétendons pas donner ici une énumération des diverses formes que peuvent revêtir ces traités secrets ; on la trouve aussi complète que possible dans les recueils de jurisprudence ; nous examinerons seulement les dissimulations les plus fréquentes.

2° Dissimulations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux

Parlons d'abord des conventions secrètes déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux, c'est-à-dire de contrats dans lesquels le cédant paraît donner au cessionnaire un équivalent du supplément de prix.

La jurisprudence annule à ce titre :

1° La promesse d'une somme supplémentaire faite par le cessionnaire au cédant, alors même qu'il est affirmé par le juge du fait que cette somme a uniquement représenté, dans l'intention des parties, la compensation du temps pendant lequel le cédant a attendu que le cessionnaire eût acquis les titres professionnels nécessaires pour traiter (1). Il est certain que cette somme formait une augmentation du montant de la cession, puisque, avec celle portée au traité ostensible, elle constituait, en défi-

(1) Civ., 13 juillet 1885 ; D. 86, 1. 263.

nitive, le prix de la préférence accordée par l'ancien titulaire à son successeur.

2° Le traité secret portant que l'officier ministériel démissionnaire aurait la moitié des produits bruts de l'office, comme rémunération des soins qu'il donnerait à la direction de l'étude et du travail qu'il y ferait. Peu importe que les services rendus puissent réellement mériter un dédommagement assez considérable(1).

3° Les clauses pénales. Un notaire vend son étude moyennant un prix soumis à la Chancellerie, puis fait signer au cessionnaire un traité secret portant que, s'il n'entrait en possession de l'office à une date fixée, il serait débiteur envers le cédant d'une certaine somme à titre de dommages et intérêts. Cette contre-lettre a été déclarée nulle, et les magistrats nous paraissent avoir fait, vu les circonstances de la cause, une application équitable de la nullité, car le cédant spéculait dans l'espoir sur la mauvaise santé de son successeur qu'il savait atteint d'une maladie mortelle (2). Il ne faut pas en conclure cependant que, dans le cas de simple promesse de cession, les parties ne puissent stipuler une clause pénale, un dédit à la charge de celui des contractants qui refuserait d'exécuter la convention, car les promesses de cessions d'offices, consenties librement, sans fraude et en pleine connaissance de cause, ne sont prohibées par aucune loi (3). Cette promesse de dommages et intérêts est donc parfaitement valable.

Bien qu'il soit de jurisprudence constante que, une fois

(1) Paris, 3 janvier 1843; D. 43, 2, 174; — Civ., Cass., 10 décembre 1878; D. 79, 1, 8.

(2) Nancy, 27 février 1875; D. 75, 2, 215.

(3) Riom, 9 juillet 1892; S. 94, 2, 289.

le traité agréé par la Chancellerie et ratifié par les parties, son inexécution par le cessionnaire donne lieu à des dommages et intérêts, les tribunaux ne considèrent pas comme valable le contrat passé en dehors du traité officiel, et par lequel le titulaire d'un office le cède d'avance à un tiers qui ne réunit pas actuellement les conditions de stage et d'aptitude nécessaires pour obtenir l'investiture, et impose au successeur futur l'obligation, sous la contrainte d'une clause pénale, de faire agréer sa candidature à une époque déterminée (1). On se demande pourquoi les intéressés ne peuvent pas régler d'avance les dommages et intérêts auxquels donnera lieu l'inexécution du contrat, car une pareille stipulation n'a rien en soi de contraire à l'ordre public, puisqu'elle a pour but de fortifier le traité et non pas d'y déroger. Aussi l'arrêt précité ne se fonde pas sur l'intérêt public, mais déclare la clause « contraire aux règles d'une sage discipline et de la transmission régulière des offices, car elle a le grave inconvénient d'enchaîner la liberté de l'acheteur et de le contraindre, placé qu'il est sous la menace d'un dédit souvent énorme, à provoquer en quelque sorte malgré lui sa nomination ».

4° La convention secrète, par laquelle un officier ministériel vend cumulativement, sans aucune ventilation, son office et sa maison d'habitation pour un prix fixe et invariable, de façon qu'il ne puisse être que l'écart ou la différence entre le prix que les parties assignent à l'office et le même prix tel que le fixera la Chancellerie, est frappée de nullité, parce qu'elle n'est qu'un moyen pour les contractants de régler à leur gré le prix dudit

(1) Orléans, 25 janvier 1855; P. 1855, 1. 446; D. *Rép.*, v° *Office*, n° 232.

office, en dehors de l'appréciation et du contrôle du gouvernement (1).

5° Sont nulles les conventions qui, sous le couvert d'une cession de recouvrements, ont, en définitive, pour but de déroger au traité ostensible. Nous examinerons rapidement les difficultés auxquelles peut donner lieu, surtout dans les cessions d'études de notaires, cette question des recouvrements.

Les recouvrements, comprenant, non seulement des honoraires non perçus, mais encore des déboursés souvent importants, constituent au profit du titulaire une propriété privée qui survit à sa démission et même à sa destitution (2); ils appartiennent au cédant indépendamment de l'office et de la clientèle.

Depuis la loi du 25 ventôse an XI, il était assez généralement admis que les recouvrements devaient être cédés en même temps que l'office, à cause des mésintelligences auxquelles leur perception pouvait donner naissance entre les contractants. Une instruction du garde des Sceaux du 10 août 1843 (3) et une décision du 17 janvier 1844 (4) déclarèrent même formellement que la réserve des recouvrements par le cédant ne pouvait être tolérée « par mesure d'ordre ». Mais, en 1848, la Chancellerie changea sa jurisprudence; nous en trouvons la preuve d'abord dans quelques lettres du Procureur général près la Cour de Paris, puis dans deux circulaires de M. le garde des Sceaux, la première en date du 3 novembre 1848 relative aux cessions d'offices de notaires;

(1) Nancy, 12 mai 1864; D. 64, 2. 176; — Cass., Req., 28 juillet 1885; S. 86, 1. 126.

(2) Lyon, 28 février 1845; P. 1847, 2. 463.

(3) *Journal des notaires*, 1843, art. 11725.

(4) *Journal des notaires*, 1843, art. 11944.

la seconde du 20 juin 1849 promettant à tous les officiers publics de réserver leurs recouvrements. Depuis lors, cette faculté a été consacrée par la jurisprudence (1).

Il n'est pas nécessaire, pour que la convention contenant réserve des débats au profit du cédant ou transport de ces débets au cessionnaire soit valable, qu'elle soit agréée par le gouvernement. Mais il ne faut pas alors que le montant des recouvrements ait constitué un des éléments du prix de l'office, contenu dans le traité principal et soumis à la Chancellerie. Deux hypothèses bien distinctes se présentent :

A) Le prix fixé dans le traité ostensible est de 50.000 francs y compris les recouvrements évalués à 6.000 francs ; puis, par une contre-lettre, le cessionnaire abandonne à son vendeur lesdits recouvrements sans diminution de prix. Il est évident que, dans cette espèce, nous sommes en présence d'un traité secret augmentant le prix de l'office, puisqu'il enlève au nouveau titulaire un avantage considérable (le montant des débets) sans lui donner d'équivalent. Ce traité doit être frappé de nullité radicale ; les tribunaux n'ont pas hésité à le reconnaître (2).

Une question subsidiaire se présente ici. Le prix de l'office, fixé par l'autorité à 44.000 francs, avait, en réalité, été porté par la contre-lettre à 50.000. Doit-on décider que le cessionnaire n'aura que 44.000 francs à payer, les débets étant rendus au cédant, ou que le prix de 50.000 francs est maintenu ainsi que la propriété des re-

(1) Paris, 8 juin 1850 ; P. 50, 2. 388 ; — Dijon, 24 novembre 1857 ; P. 57, p. 1109 ; — Cass., 20 avril 1858 ; P. 58, 785.

(2) Orléans, 13 août 1847 ; D. 47, 2. 175 ; — Cass., 8 janvier 1849 ; D. 49, 1. 12 ; D. 51, 1. 165.

couvrements au cessionnaire? La Cour d'Orléans avait adopté la première solution, se fondant sur ce motif que les recouvrements constituent une propriété distincte de l'office et peuvent être cédés postérieurement à la transmission du titre; l'évaluation faite des débets à 6.000 francs dans le traité approuvé ne peut recevoir désormais aucune modification, et la situation du cessionnaire n'en devient pas plus mauvaise par la rétrocession au cédant des recouvrements pour leur prix; autre chose est le prix de cession, autre chose les simples conditions inhérentes à la cession. La seconde solution a été admise par l'arrêt de la Cour suprême, cassant l'arrêt de la Cour d'Orléans. « Attendu, dit la Cour, que, lorsque le traité ostensible contient des stipulations relatives au recouvrement des débets d'un office, ces stipulations sont des conditions essentielles au traité de cession, puisqu'elles sont un des éléments du prix de l'office, et que, dès lors, elles ne doivent pas être séparées du traité; que ces stipulations ne sont donc pas seulement des clauses d'intérêt public que l'autorité doit prendre en considération; qu'il suit de là que tout traité secret, contenant des clauses de cette nature différentes de celles du traité ostensible, et tendant à augmenter le prix de l'office, ne doit produire aucun effet, soit à l'égard de l'autorité, soit à l'égard des parties (1). » Peu importe, d'ailleurs, que les recouvrements cédés se rapportent à l'exercice du cédant ou à l'exercice de son prédécesseur (2).

B) Les recouvrements ont été cédés en même temps que l'office pour un prix déterminé spécialement dans le traité ostensible; puis le cessionnaire revend, *pour le*

(1) 8 janvier 1849.

(2) Cass., 21 mai 1851; D. 51, 1. 164.

prix fixé, les recouvrements au cédant. Cette contre-lettre est-elle valable ?

Remarquons que la situation du cessionnaire, avant comme après la rétrocession, est exactement la même, au moins si nous supposons l'évaluation des débets faite sans fraude ; sa situation est même meilleure, puisque la somme qu'il reçoit de son vendeur lui évite les embarras du recouvrement, et l'aléa résultant de l'insolvabilité possible des débiteurs ; de plus, nous n'avons pas ici, comme dans l'espèce jugée par la Cour d'Orléans, une tentative de fraude. Aussi la Cour de Paris a-t-elle validé cette contre-lettre (1). « Soit qu'on examine la stipulation comme contre-lettre, ainsi que l'énonce la déclaration affirmative, ou comme rétrocession, ainsi que l'acte sous seing privé la qualifie, il faut reconnaître qu'elle ne frappe que sur la partie du traité restant à la libre disposition des contractants, et qu'elle ne touche pas aux principes d'ordre public en vertu desquels s'exerce le concours de l'autorité. » La Cour de cassation n'a pas admis ces motifs que nous considérons comme équitables, et elle a cassé l'arrêt de Paris, « parce que toutes les clauses d'une cession d'office sont indivisibles ; leur ensemble constitue le contrat soumis à la sanction du gouvernement. Le traité secret qui supprime ou modifie l'une de ces clauses ne peut avoir d'autre objet que de surprendre la religion du gouvernement ou de porter atteinte aux droits des tiers ; et, à ce double point de vue, il est radicalement nul comme contraire, soit aux lois et règlements d'ordre public, soit aux principes du droit privé » (2). La Cour crée donc arbitrairement une pré-

(1) Paris, 19 janvier 1850 ; D. 50, 5. 337 ; — Paris, 8 juin 1850 ; D. 51, 2. 97.

(2) Cass., 22 février 1853 ; D. 53, 1. 41.

somption de fraude dont nous verrons plus loin les effets. Les Cours d'appel ont adopté cette jurisprudence qui, poussant le principe à ses conséquences extrêmes, « va jusqu'à déclarer nul le traité secret diminuant le prix porté au traité ostensible » (1). Ce dernier arrêt a même décidé que la convention relative aux recouvrements est toujours nulle, qu'elle intervienne en même temps que le traité ostensible ou à une date postérieure.

C) Est également nulle la stipulation maintenue secrète par laquelle un donateur se réserverait le droit de retour du prix de l'office en cas de prédécès du donataire (3). La faculté de présentation, constituant un droit personnel au profit du titulaire de l'office et de ses héritiers, ne peut faire l'objet d'un droit de retour au profit du donateur, et, dès lors, cette stipulation qui ne serait pas valable, même si elle était comprise dans le traité ostensible; ne peut, à plus forte raison, avoir effet si elle est contenue dans une contre-lettre. Mais on comprend que, si le droit de retour est stipulé seulement pour la finance de l'office, isolée du droit de présentation, il y a ici une convention purement privée qui doit être valable, à moins toutefois qu'elle ne fasse l'objet d'un traité secret. La nullité a été déclarée dans ce dernier cas par la Cour de cassation (2) qui n'a fait en cela qu'appliquer, avec une certaine rigueur, le principe qu'elle a posé de la nullité de toute clause modifiant le prix soumis à la Chancellerie; car il est évident qu'un office dont la propriété pure et simple a été donnée a plus de valeur pour le titulaire que lorsque la donation contient une

(1) Bordeaux, 10 juin 1853; D. 55, 2. 322; — Amiens, 25 août 1853; D. 53, 2. 213; — Paris, 13 janvier 1862; D. 62, 2. 41.

(2) Cass., Req., 27 novembre 1855; D. 56, 1. 28.

(3) D. *Rép.*, v^o *Office*, n^o 280; — Req., 8 novembre 1842.

clause de retour au profit du donateur, clause qui affecte sa propriété d'une condition résolutoire.

3° Clauses accessoires

La jurisprudence avait d'abord distingué les conventions secrètes modifiant les conventions principales portées au traité approuvé, et qui seules étaient nulles comme contraires à l'ordre public, — et les conventions accessoires, telles que celles réglant l'exécution du traité, qui étaient reconnues valables (1). Mais cette distinction a été peu à peu abandonnée et définitivement repoussée par un arrêt du 2 mars 1864 (2). Voici quelques applications de cette jurisprudence :

I. Les tribunaux déclarent nulle toute convention indiquant une époque d'entrée en jouissance autre que celle convenue dans le traité ostensible, par cette raison que l'époque primitivement convenue était une des conditions qui avaient déterminé la fixation du prix de l'office, et que le retard ou l'avance de l'entrée en fonctions peut influencer sur ce prix (3).

II. La convention accessoire est nulle, bien qu'elle ait été faite uniquement dans l'intérêt du cessionnaire, comme si, par exemple, il est convenu entre les parties que le nouveau titulaire aura le droit de faire vérifier par des officiers ministériels du même ordre les produits annoncés ; un tel traité blesse l'ordre public, disent les Cours d'appel (4). Nous n'hésitons pas à déclarer cette affirmation dénuée de fondement.

(1) Arrêt précité.

(2) D. 64, 1. 155.

(3) Civ., 8 janvier 1849 ; S. 1849, 1. 31.

(4) Bourges, 27 janvier 1843 ; D. 43, 2. 183 ; — Agen, 14 août 1867 ; P. 1868, 961.

III. Les traités secrets réglant le paiement du prix approuvé par la Chancellerie ne peuvent produire aucun effet. Sont nuls, par conséquent :

a) Les paiements faits dans l'intervalle de la cession à la nomination du cessionnaire, avec stipulations de délais pour le versement du surplus du prix par dérogation au traité ostensible (1);

b) Les paiements faits, même sans stipulation de délais, avant la prestation du serment; par conséquent, les créanciers du cédant peuvent demander la consignation du prix total, préliminaire nécessaire d'une distribution par contribution (2).

Aucun paiement ne peut être fait avant l'époque précitée; il aurait lieu sans cause, puisque, jusqu'à ce moment, il n'est pas certain que le titulaire soit agréé par le gouvernement (3). Toutefois, la jurisprudence admet que le prix peut, avant la nomination du nouveau titulaire, être l'objet d'un transport valable, conformément à la règle qui permet le transport des créances conditionnelles (4).

IV. La nullité atteint la contre-lettre par laquelle le cessionnaire s'engage à fournir au cédant un supplément de garanties pour le paiement du prix, au cas où celles qui sont mentionnées dans l'acte public seraient reconnues insuffisantes (5).

Toutes ces conventions se rattachent plus ou moins au prix de l'office, et l'on comprend qu'elles ne soient

(1) Cass., 2 mars 1864; D. 64, 1. 155.

(2) Civ., 19 novembre 1884; D. 85, 1. 439.

(3) Req., 8 mars 1887; D. 87, 1. 500.

(4) Cass., 21 juin 1864; D. 64, 1. 335 et les renvois; — Bourges, 18 novembre 1890; D. 92, 2. 21.

(5) Poitiers, 12 décembre 1882; D. 83, 2. 101.

pas valables. Mais la nullité a été prononcée dans plusieurs cas où son application est, selon nous, discutable. Exemples :

A) Un notaire s'engage envers le cessionnaire de son étude à ne pas instrumenter dans le canton où elle est située, s'il vient à être nommé lui-même au chef-lieu de l'arrondissement; de plus, il prend l'engagement sur l'honneur, et sous la médiation de la Chambre de discipline, de partager avec son successeur les honoraires des actes qu'il serait forcé de recevoir dans ledit canton. Ces deux engagements produisent-ils un lien moral dont la violation peut entraîner une peine disciplinaire?

Les notaires étant tenus de prêter leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis, la convention par laquelle ils s'engageraient à n'instrumenter dans leur ressort que sous certaines conditions est certainement nulle comme dérogeant à une disposition d'ordre public.

La seconde partie de la question avait été implicitement résolue par un arrêt du 30 juillet 1850 (1) rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin, décidant « qu'une clause compromissaire », équivalente dans l'espèce à une promesse d'honneur, « ne créait ni obligation légale ni lien moral », et qu'on peut demander « la nullité de cette clause sans manquer à aucun devoir ». Aussi la Cour de cassation (2) a-t-elle déclaré « qu'on ne saurait trouver dans l'engagement qui lui était soumis ni lien de droit ni lien moral, personne n'étant tenu, même moralement et à plus forte raison au point de vue disciplinaire, d'enfreindre une

(1) D. 50, 1. 216.

(2) Civ., 17 mars 1884; D. 85, 1. 52.

loi d'ordre public ». On peut se demander si l'ordre public est réellement compromis par le partage des honoraires convenu entre les deux officiers ministériels ; nous croyons que l'intérêt des clients n'a aucunement à souffrir d'une telle stipulation que nous serions porté à considérer comme valable.

B) Les dossiers d'une étude d'avoué avaient été cédés en même temps que l'office et pour le même prix. Plus tard, le cessionnaire renonce au droit de se faire remettre les dossiers. Cette renonciation doit être déclarée nulle, dit l'annotateur de *M. Dalloz*, parce que la possession par un avoué des dossiers des procès antérieurement jugés est de telle nature qu'elle peut déterminer les clients à revenir à l'étude dont le titulaire connaît leurs affaires. Cet élément de réussite pour le nouvel officier ministériel ayant été soumis comme les autres à la Chancellerie, et ayant dû entrer en ligne de compte pour la fixation du prix de vente, il ne peut dépendre du cessionnaire de modifier après coup une situation en vue de laquelle le pouvoir a donné son agrément. Il est permis de douter que la clientèle d'un avoué puisse subir une diminution par ce seul fait que son prédécesseur se sera réservé les dossiers des officiers déjà jugés ; cette clientèle est due surtout à la valeur personnelle de l'officier ministériel et n'aura aucune raison, autre que celle de l'incapacité du nouveau titulaire, pour passer à une autre étude qui ne possédera pas non plus les dossiers des affaires précédentes.

On peut donc dire, en général, que la jurisprudence annule toutes les conventions qui ont pour but de modifier des conditions pécuniaires du traité ostensible, principales ou accessoires, et même toutes les conventions qui changent les conditions autres que celles qui se rap-

portent au prix. Les tribunaux ne recherchent pas si l'intention des parties a été de tromper l'autorité ; ils se préoccupent uniquement du résultat ; si l'engagement modifie les clauses du traité produit à l'autorité ; il est frappé de nullité absolue. Telle est la doctrine des derniers arrêts (1).

Nous avons dit que c'était pousser trop loin les conséquences d'un principe déjà très rigoureux par lui-même. La dérogation aux règles du droit commun en matière de contre-lettres ne peut s'expliquer et se justifier que dans la mesure où l'intérêt public est en jeu. Donc, au lieu d'annuler systématiquement toute convention par cela seul qu'elle contient une dissimulation, la nullité nous paraîtrait devoir être subordonnée au point de savoir si l'intérêt des clients est menacé par la contre-lettre. S'il ne peut en être compromis, par exemple, si c'est une diminution de prix qui a été dissimulée, il n'y a aucune raison plausible pour ne pas respecter la convention qui fait la loi des parties. Nous craignons qu'en exagérant la portée du contrôle de la Chancellerie, les tribunaux ne se soient moins inspirés des vrais principes du droit que des considérations de fait tirées du scandale et de la panique causés par certains désastres, heureusement demeurés très exceptionnels.

(1) Ch. Req., 8 mai 1895 ; D. 95, 1. 444 ; — Besançon, 3 juillet 1895 ; — *Journal des notaires*, 1895, n° 50.

CHAPITRE IV

ACTIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU LES CONTRE-LETTRES ET SPÉCIALEMENT DE L'ACTION EN RÉPÉTITION

Théoriquement, les contre-lettres peuvent donner lieu à deux sortes d'actions : une action en nullité, tant que la contre-lettre n'a pas été exécutée ; une action en répétition, lorsqu'il s'agit de recouvrer les sommes versées en exécution de la contre-lettre. Mais, dans la pratique, c'est toujours cette dernière action que nous trouvons mise en mouvement, l'intérêt à soulever la question de nullité ne se présentant que très rarement, tant que le montant de la contre-lettre n'a pas été versé.

On peut cependant concevoir que le cessionnaire de l'office puisse trouver utile de faire juger la nullité de la convention secrète qui a donné naissance à une créance apparente, dont l'inexécution est loin d'être évidente, bien qu'elle soit prononcée d'une manière constante par les tribunaux, et se mettre ainsi à l'abri de toute poursuite ultérieure de la part du vendeur de l'office. Cet intérêt existe également pour la caution qui a garanti le paiement du supplément de prix.

D'autre part, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la nullité peut être encourue à l'occasion de bien d'autres circonstances qu'une majoration de prix,

par exemple : une diminution de prix, une augmentation de garanties à la charge du cédant, stipulées dans une contre-lettre. Il peut donc y avoir une action en nullité intentée indépendamment d'une action en répétition.

Mais nous n'insisterons pas sur cette distinction qui n'offre pas d'intérêt pratique ; car, qu'il s'agisse d'une action en nullité ou d'une action en répétition, ce sont les mêmes personnes juridiques qui poursuivent et sont poursuivies, les mêmes fins de non-recevoir qui peuvent être opposées, le même temps qui est requis pour la prescription.

On pourrait même soutenir que toute action en répétition implique une action en nullité ; car, si celui qui a reçu est condamné à rendre, c'est parce que le paiement qu'on lui a fait a été fait sans cause, et parce que la convention qui a donné lieu à ce paiement est frappée de nullité. Cette nullité devra être prononcée préalablement à la répétition.

Quoi qu'il en soit, nous laisserons de côté une subdivision toute théorique et nous examinerons à propos de l'action en répétition les diverses questions suivantes :

*Section 1^{re}. — Objet de l'action : a) principal,
b) intérêts.*

*Section 2^e. — Qui peut intenter l'action en répétition
contre qui elle peut être intentée ?*

Section 3^e. — Durée de l'action.

Section 4^e. — Fins de non-recevoir contre l'action :

- § 1. Exécution volontaire,
- § 2. Confirmation,
- § 3. Novation et délégation,
- § 4. Remise de la dette,

§ 5. Compensation,

§ 6. Chose jugée.

Appendice. — Des actions en dommages et intérêts.

SECTION PREMIÈRE

OBJET DE L'ACTION EN RÉPÉTITION.

§ 1^{er}. — Principal

Le principal objet de l'action en répétition est naturellement le montant en principal de la somme versée.

Nous rappelons que, avec les partisans de l'obligation naturelle, nous avons protesté contre cette action en répétition qui nous semble contraire à l'article 1235 du Code civil. Mais, étant donné que nous devons, en pareille matière, nous inspirer surtout des exigences de la jurisprudence, nous constaterons que, si, en conscience, le cessionnaire de l'office est tenu de payer le supplément de prix qu'il a promis librement et en connaissance de cause, en droit, tel du moins que la jurisprudence a cru devoir le consacrer, il sera certain de rentrer dans la somme qu'il aura déboursée pour exécuter la contre-lettre.

Cette solution ne souffre pas de difficulté en ce qui concerne le capital de la somme. La question des intérêts, au contraire, soulève certaines discussions que le moment est venu d'aborder.

§ 2. — Intérêts

Aux termes de l'article 549 du Code civil, le simple

possesseur ne fait les fruits siens que s'il possède de bonne foi. Le possesseur de bonne foi des sommes qui lui ont été indûment payées a donc fait siens les intérêts perçus depuis l'indû paiement et ne doit restituer que ceux qui ont couru depuis le jour de la demande en restitution, parce qu'il ne doit résulter pour le demandeur aucun dommage de ce que le juge n'ait pas statué immédiatement sur sa cause.

Or, quand le possesseur est-il de bonne foi?

Le possesseur est de bonne foi (art. 550 C. civ.), « quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ». Il s'agit donc ici de la bonne foi selon la loi, et non pas selon l'équité.

On voit quel est l'intérêt de la question dans l'hypothèse qui nous occupe : si le cédant a reçu de bonne foi les sommes stipulées dans le traité secret, il devra rembourser le capital sans les intérêts (nous mettrons à part, pour plus de clarté, les intérêts courus depuis la demande). Si, au contraire, il est de mauvaise foi, il devra restituer tant le capital que les intérêts, c'est-à-dire les fruits depuis le jour du paiement (art. 1378).

Il y a au moins un cas dans lequel le cessionnaire de l'office remplit les deux conditions exigées par la loi pour la bonne foi : c'est quand un cédant est poursuivi en restitution de sommes perçues en exécution d'une contre-lettre passée à une époque où les Chambres, les tribunaux, l'opinion publique admettaient la validité des traités secrets. En effet, ce cédant : 1^o avait un titre dont la nullité est si peu évidente qu'on n'a pas même pensé, pendant longtemps, à la proposer ; 2^o ignorait les vices de son titre dont il ne soupçonnait même pas qu'on pût discuter la validité.

Dans ce cas, le cédant a dû faire les fruits siens et garder les intérêts perçus au moins jusqu'au moment où son titre a été attaqué.

Mais examinons l'hypothèse la plus générale, celle dans laquelle le cédant et le cessionnaire, connaissant la jurisprudence qui proclame la nullité des traités secrets, conviennent par une contre-lettre d'un supplément de prix. Le cessionnaire paie, puis il agit en répétition de l'indû. L'article 1378 est-il applicable à cette situation, et la condamnation devra-t-elle comprendre les intérêts depuis le paiement?

Il est très douteux qu'on puisse appliquer ici l'article 1378. Car la disposition de cet article sert de sanction à une situation spéciale dont les articles 1376 et 1377 donnent les conditions, et qui suppose qu'un individu reçoit une somme qu'il sait ne pas lui être due et qu'une personne paie par erreur ce qu'elle croit devoir.

C'est ce qui résulte de l'article 1377, et cette erreur seule peut justifier la sollicitude du législateur pour celui qui fait le paiement. « La répétition de l'indû, dit M. Perriquet, suppose avant tout que le *solvens* a payé par erreur » (1). La loi romaine dit, en effet, au titre de la *condictio indebiti* : « *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest, sed si sciens se non debere solvit cessat repetitio* » (2). Et Pothier exprime exactement la même idée : « Il n'y a pas lieu à l'action *condictio indebiti* pour la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir que lorsque c'est par erreur qu'on a payé... Car celui qui paie ce qu'il ne doit pas, ayant connaissance qu'il ne le doit pas, a intention d'exercer une libéralité

(1) *Loc. cit.*, p. 295, n° 327.

(2) D., loi XII, t. VI, liv. 1, § 1.

envers celui à qui il le paie » (1). La même explication se retrouve dans le discours du tribun Tarrible au Corps législatif : « Toute la rigueur de la loi civile a dû se déployer contre celui qui a reçu de mauvaise foi. Il a reçu une chose qu'il savait ne pas lui être due, du moins par celui qui la lui a délivrée ; au lieu de l'éclairer sur son erreur, il en a abusé ; il ne mérite aucun ménagement » (2).

Or l'article 1378 n'est que l'expression de ces principes ; les travaux préparatoires en font foi ; il est donc inapplicable quand il n'y a pas eu de paiement fait par erreur. On comprend que, par des considérations d'intérêt général, le capital que le vendeur d'office possède indûment doive être restitué, bien que le paiement en ait eu lieu en connaissance de cause et en toute liberté. Ce principe, quoique discutable, une fois admis, le même intérêt public ne peut autoriser le juge à étendre à un paiement fait sciemment et librement une disposition introduite en faveur de ceux qui paient indûment et *par erreur*, surtout si l'on réfléchit que cette disposition a elle-même un caractère exceptionnel qui doit la faire interpréter dans un sens restrictif, plutôt que la faire étendre à des cas pour lesquels elle n'a point été créée.

On peut donc très bien soutenir que l'article 1378 ne s'applique pas ici. C'est le système que nous croyons le meilleur.

Tel n'est pas celui qui a été consacré par la jurisprudence. Les tribunaux présument que l'*accipiens* est toujours de mauvaise foi par le seul fait qu'il a reçu en vertu d'une contre-lettre. C'est la doctrine que nous

(1) *Condictio indebiti*, n° 160.

(2) Fenet, t. XIII, p. 486.

trouvons formulée dans un arrêt de Cassation du 31 janvier 1853 (1) : « La mauvaise foi résulte du fait lui-même consommé en connaissance de cause. C'est ici le *dolus ex re ipsa* qui n'a pas besoin d'être déclaré et est de nature à faire décider que les intérêts de la somme indûment perçue doivent être fixés à partir du jour du paiement ».

Mais n'est-ce pas, dans notre droit, un principe que la mauvaise foi ne se présume jamais? et dans quelle loi est inscrite cette maxime qu'on ne saurait attribuer les avantages de la bonne foi à un possesseur, parce que sa jouissance a eu lieu contrairement à une prohibition légale?

N'est-il pas nécessaire, comme nous l'avons dit, pour que l'article 1378 s'applique, qu'il y ait entre le *solvens* et l'*accipiens* une différence provenant de ce fait, que l'*accipiens* savait, en recevant le paiement, qu'il ne lui était rien dû, alors que le *solvens* se croyait civilement obligé?

Enfin, le système qui autorise la répétition des intérêts depuis l'indû paiement ne présente-t-il pas des inconvénients graves?

C'est d'abord l'importance exagérée qu'atteignent rapidement les sommes qui font l'objet de la répétition : le capital est doublé au bout de vingt ans. La crainte que le débiteur ne soit ruiné par une accumulation d'intérêts (qui sera peut-être entrée dans les combinaisons du créancier) ne doit-elle pas faire hésiter même les partisans du système qui frappe de nullité absolue les contre-lettres stipulées en matière de cessions d'offices (2)? La Cour de cassation n'a donc pas ici, comme

(1) D. 53, 1. 217.

(2) Dalloz sous Cass., 28 mai 1856; D. 56, 1. 377.

dans certains cas, l'excuse d'obéir à une nécessité d'ordre public. Et à qui profite cette accumulation d'intérêts? Au cessionnaire qui n'est pas plus de bonne foi que le cédant, puisque lui aussi connaissait la prohibition dont les traités secrets sont frappés, et qui n'est souvent pas très digne de l'indulgence et de la faveur des tribunaux. Enfin, il s'est trouvé des situations telles que la Cour de cassation a autorisé la répétition du capital et des intérêts contre des mineurs, bien qu'ils fussent restés étrangers à la dissimulation, et qu'il n'eût pas été prouvé qu'ils eussent profité du paiement; ces mineurs en ont été réduits à intenter contre leur tuteur une ruineuse action en responsabilité dont le résultat est toujours incertain (1). Mais entrons dans quelques détails sur l'hypothèse où l'action en répétition du capital et des intérêts est dirigée contre les héritiers. Ceux-ci peuvent se trouver, au point de vue de la bonne foi, dans deux situations absolument distinctes, selon que le paiement de la contre-lettre a été fait à leur auteur ou à eux-mêmes.

A) *Le paiement a été fait au cédant et la répétition est intentée contre son héritier.* — En matière d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, les auteurs admettent (2), en général, que la bonne foi doit être exclusivement appréciée dans la personne du possesseur qui prétend avoir fait siens les fruits par lui perçus, sans égard à la possession de son auteur. Mais MM. Aubry et Rau déclarent que « l'héritier du titulaire qui a cédé son office ne fait pas, par exception, les fruits siens parce

(1) Cass., 28 mai 1856; — P. 57, p. 309. — *Contra*, Metz, 29 mars 1859; S. 59, 2. 540.

(2) Laurent, t. VI, n° 221; — Marcadé, art. 550; — Zachariæ, t. II, § 295, note 16; — Duranton, IV, n° 47; — Baudry, t. I, p. 1276.

qu'il s'est formé entre le demandeur et le défunt un quasi-contrat, en vertu duquel ce dernier, ayant reçu de mauvaise foi une somme qui ne lui était pas due, se trouve soumis à l'obligation de la restituer avec intérêts, obligation qui, comme tout autre engagement du défunt, doit passer à ses héritiers avec toutes ses conséquences » (1). Ainsi ces auteurs distinguent deux situations juridiques régies par des textes différents : la première, où la possession, résultant d'un fait autre que la remise sans cause par le propriétaire (usurpation ou réception *a non domino*), n'a donné naissance dès l'origine à aucune obligation personnelle envers le vrai propriétaire, situation régie par les articles 549 et 550 qui permettent au possesseur de bonne foi de faire les fruits siens, sans avoir égard à la mauvaise foi de son auteur ; — la seconde, où une obligation personnelle (quasi-contrat résultant du paiement de l'indû), liant le possesseur *ab origine*, empêche son héritier de profiter de sa bonne foi personnelle. Tel est précisément le cas de l'héritier du vendeur d'office ; car les obligations résultant des quasi-contrats passent aux héritiers, comme celles résultant des contrats, et le possesseur primitif étant tenu de rendre capital et intérêts, cette obligation passe telle qu'elle est à ses successeurs universels.

Cette distinction nous paraît faite surtout pour concilier avec les principes les décisions de la jurisprudence et peut soulever de sérieuses objections. Elle nous semble, en effet, dépourvue de fondement juridique et absolument arbitraire ; aucun texte ne l'autorise ; de plus, elle aboutit à traiter plus favorablement l'héritier de l'usurpateur que celui du vendeur d'office qui n'a fait

(1) Aubry et Rau, t. II, § 206, note 20, *in fine*.

que recevoir ce qu'il considère comme le véritable équivalent de la charge cédée.

Si l'héritier est tenu des intérêts qu'il perçoit parce que l'obligation personnelle résultant du paiement de l'indû, qui empêchait le possesseur primitif de faire les intérêts siens, empêche également son héritier de les acquérir, rien ne peut autoriser MM. Aubry et Rau à mettre dans une catégorie à part cette seule obligation personnelle ; car, dans tous les cas où un possesseur jouit, sans le consentement du propriétaire, d'une chose qui ne lui appartient pas pour une cause ou pour une autre, n'est-il pas tenu personnellement, aux termes de l'article 1382, d'indemniser le propriétaire de la perte qui est résultée pour lui de la privation de l'usage de sa chose, perte au moins égale, quand il s'agit d'une somme d'argent, à la non-perception des intérêts ? Et si ces auteurs admettent qu'en général l'obligation personnelle change de caractère par le fait de sa transmission et résulte d'un fait nouveau qui est la possession nouvelle dont jouissent les héritiers par suite de la mort du premier possesseur, ils ne sont nullement en droit de faire une exception pour l'hypothèse du paiement de l'indû ; car ce paiement donne naissance à une obligation qui ne se distingue en rien des autres obligations personnelles. Puisque MM. Aubry et Rau admettent que l'héritier de bonne foi en général fait les fruits siens, ils doivent l'admettre également pour l'héritier de bonne foi du *de cuius* qui a cédé son office : aucune distinction n'est admissible.

B) *Le supplément de prix a été versé à l'héritier actionné en répétition.* Dans ce cas, l'héritier ayant été étranger au contrat et la mauvaise foi ne se présument pas, rien n'autorise à croire qu'il connaît la contre-lettre ; le paie-

ment de l'indû a donc été reçu de bonne foi et l'obligation de restituer est née dans des circonstances qui devraient exclure la dette des intérêts.

En effet, si celui qui a personnellement stipulé contrairement à l'ordre public un supplément de prix, doit être considéré comme de mauvaise foi quand il perçoit ce supplément, si ses héritiers, qui succèdent à toutes ses actions et obligations et continuent sa possession au titre où il l'a lui-même commencée, peuvent à la rigueur être regardés eux aussi comme étant de mauvaise foi et à ce titre condamnés au paiement des intérêts ; il doit en être autrement quand les héritiers, restés étrangers au traité ostensible comme à la contre-lettre, reçoivent directement, après le décès de leur auteur, le paiement des sommes non dues. Car ils sont alors tenus en vertu d'un quasi-contrat qui provient de leur fait personnel, et c'est leur bonne foi ou leur mauvaise foi personnelle qui doit être prise en considération, puisqu'eux-mêmes sont les auteurs de leur indue possession. Or, la mauvaise foi ne se présume pas, et jusqu'à ce qu'elle soit prouvée, les fruits que les héritiers auront perçus (les intérêts dans notre hypothèse) devront être jugés leur appartenir légitimement.

Ces raisons, qui avaient amené le tribunal de la Seine à dispenser l'héritier de la restitution des fruits (1), ne furent pas jugées convaincantes par la Cour de Paris qui infirma le jugement précité (2) en se bornant à déclarer « qu'aux termes d'une jurisprudence constante, les sommes versées ensuite d'une dissimulation de prix d'office doivent être restituées avec intérêts » et cette

(1) Seine, 17 février 1864 ; D. 05, 2. 108.

(2) Paris, 14 janvier 1865 ; D. 65, 2. 108.

simple constatation a satisfait la Cour qui paraît n'avoir pas voulu examiner la question en droit.

En résumé, la jurisprudence est dans notre matière absolument rigoureuse : dès qu'il y a répétition d'un prix payé en exécution d'une contre-lettre, le capital doit être restitué avec les intérêts ; peu importe que le temps et les circonstances démontrent clairement la bonne foi du possesseur. Rien ne prévaut contre cette présomption absolument arbitraire que le possesseur est de mauvaise foi.

Les tribunaux ont été jusqu'à déclarer que les intérêts du supplément de prix versé par le cessionnaire au cédant ou à ses héritiers constituent autant de capitaux productifs eux-mêmes d'intérêts à partir de leur versement ; et qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici les dispositions de l'article 1154, aux termes duquel les intérêts échus des capitaux ne produisent intérêts qu'en vertu d'une demande judiciaire ou d'une convention spéciale (1).

Prescription. — La répétition des intérêts étant admise en principe, par quel temps sera-t-elle prescrite ?

Elle sera prescrite au bout de trente ans. La prescription quinquennale de l'article 2277 n'est pas applicable dans notre hypothèse. C'est d'abord parce que cet article parle seulement « des intérêts des sommes prêtées et généralement de ce qui est payable par année » et suppose avant tout que le créancier puisse au moins annuellement exiger les intérêts ; or, tant que la nullité du traité secret n'a pas été prononcée, le cessionnaire ne peut exiger ni le capital ni les intérêts... (2). Ensuite,

(1) *Rej.*, civ., 22 novembre 1854 ; *D.* 54, 5. 225 ; *Orléans*, 31 mars 1855 ; *D.* 55, 2. 225 ; — *Cass.*, 19 février 1856 ; *D.* 56, 1. 529, 8 juin 1864 ; *S.* 64, 1. 388.

(2) *Angers*, 10 décembre 1853 ; *S.* 54, 2. 529.

puisque la jurisprudence pose en principe que le possesseur, le cédant ou son héritier, est de mauvaise foi, la prescription de l'article 2277 ne saurait recevoir ici son application, car il est de règle qu'elle ne peut profiter au possesseur de mauvaise foi (1).

SECTION II

PAR QUI ET CONTRE QUI L'ACTION PEUT ÊTRE INTENTÉE

§ 1^{er}. — Qui peut intenter l'action

La nullité de la contre-lettre est une nullité d'ordre public, une nullité absolue, qui peut être invoquée en principe par tout intéressé.

L'action en nullité pourra donc être intentée d'abord par le cessionnaire de l'office et ses héritiers ou ayants-cause à titre universel. Toutefois il se peut que le cessionnaire se trouve dans une situation telle qu'il ne puisse opposer cette nullité, spécialement dans l'hypothèse suivante.

Un office avait été cédé pour 40.000 francs ; un tiers, par une convention secrète, versa au vendeur une somme égale à titre de supplément de prix, avec l'intention de gratifier le cessionnaire. Les créanciers de celui-ci demandèrent la restitution de la somme payée en sus du prix ostensible, mais ils furent déboutés de leur demande et la Cour de cassation confirma cette décision par arrêt du 20 juillet 1868 (2), parce que le cessionnaire n'avait rien payé et qu'il ne pouvait être admis à répéter ce qu'il n'avait pas payé.

(1) Cass., 17 mai 1865 ; S. 65, 1. 250.

(2) P. 69, 1. 149.

Il était certain, en effet, que le tiers avait voulu gratifier le cessionnaire, mais il avait agi volontairement, sans y être obligé par aucune convention; et le paiement n'avait été précédé d'aucune donation en faveur du cessionnaire, d'aucun mandat de la part de ce dernier qui n'avait dès lors aucun titre pour prétendre que la somme remise par le tiers au cédant avait été en réalité payée par lui, de ses deniers.

Le principe est donc que le nouveau titulaire peut répéter le supplément de prix, même quand le paiement a été fait par un tiers, mais à la condition qu'entre le nouvel officier et le tiers il y ait un rapport de droit : donation, mandat ou gestion d'affaires qui permette de prouver que le paiement a été fait des deniers de l'acheteur de l'office.

En dehors du cessionnaire, on peut concevoir, nous l'avons dit, que celui qui a cautionné le supplément de prix ait intérêt, pour éviter d'être poursuivi plus tard, à faire juger aussi la nullité(1).

Les créanciers du cessionnaire de l'office pourront agir également en nullité ou en répétition, même si l'on admet que la contre-lettre engendre une obligation naturelle. En effet, une contre-lettre qui servirait de cause à une obligation civile ne serait pas opposable aux créanciers du cessionnaire qui sont des tiers au sens de l'art. 1321; *a fortiori*, doit-il en être de même lorsque la contre-lettre ne produit aucun lien civil. Par application du même principe, nous admettrions les créanciers du cédant qui a consenti une contre-lettre diminuant le prix ostensible, à intenter une action en nullité de cette contre-lettre, ou une action en paiement de la

(1) *Sup.*, p. 93.

partie du prix non versée au cédant en vertu de la convention secrète.

Enfin, il n'est pas douteux que le ministère public, dont le rôle est de garantir l'intérêt social, ne puisse proposer d'office la nullité des contre-lettres passées en matière de cessions d'offices ministériels (1); nous verrons aussi qu'il peut intenter contre l'officier ministériel, coupable de dissimulation envers la Chancellerie, des poursuites disciplinaires.

§ 2. — **A qui la nullité de la contre-lettre peut-elle être opposée? A qui la répétition peut-elle être demandée?**

La nullité peut être opposée en général à tout cédant et même à ses héritiers mineurs, sauf le recours de ces derniers, s'il y a lieu, contre leur tuteur; c'est une nullité d'ordre public qui doit être prononcée, sans égard au temps et aux circonstances.

Peut-elle être opposée au cessionnaire du prix de l'office? Nous distinguerons trois catégories de cessionnaires : 1° le cessionnaire du prix total (prix ostensible et prix supplémentaire réunis); 2° le cessionnaire du supplément de prix seul; 3° le cessionnaire du prix ostensible.

1° *Cessionnaire du prix total.* — Le cessionnaire du prix total est l'ayant-cause du vendeur de l'office, et par conséquent on peut lui opposer, comme au cédant lui-même, la nullité du traité secret. Quand il y a plusieurs cessionnaires, la perte qui résulte pour eux de la nullité et de la répétition doit être partagée proportionnellement à la part que chacun d'eux avait acquise dans le prix total (2).

(1) Bourges, 27 janvier 1843; D. J. G., v° *Office*, n° 219.

(2) Lyon, 21 janvier 1847; P. 47, 2. 459.

2° *Cessionnaire du supplément de prix.* — La nullité de la contre-lettre peut être opposée au cessionnaire du supplément de prix, comme au vendeur de l'office lui-même ; la cession est nulle comme le traité secret.

Il serait équitable toutefois de distinguer si l'acquéreur de la créance est de bonne ou de mauvaise foi ; s'il a su que la créance était un supplément de prix de cession d'office, auquel cas personne ne conteste au nouveau titulaire le droit d'opposer la nullité, ou s'il a cru acquérir une créance valable.

On peut supposer en effet qu'un tiers de bonne foi se trouve en possession d'une reconnaissance ayant pour cause apparente un prêt et qui cache en réalité un prix secret. Est-il juste dans ce cas que l'acquéreur de l'office puisse refuser de payer le cessionnaire de la créance, qui en ignore le vice, ou agir en répétition contre lui après l'avoir payé(1) ? S'il y a quelqu'un en faute, c'est le nouveau titulaire de l'office qui, lorsqu'on lui a signifié le transport ou qu'on lui a demandé son acceptation par acte authentique (art. 1690 C. civ.), n'a fait entendre aucune protestation.

Le tiers n'est, au contraire, nullement complice de la fraude ; seuls, le cédant et le cessionnaire de l'office sont coupables. Il est difficile d'appliquer ici (2) la théorie de la Cour de cassation en matière de cession de créance usuraire, théorie ainsi formulée : « L'acquéreur de la créance usuraire n'a à l'égard de cette créance que les droits de celui qui la lui a cédée »... « la créance lui est transmise avec les avantages, mais aussi avec les vices qui pouvaient y être attachés, et le débiteur n'est tenu

(1) Bordeaux, 9 novembre 1863 ; D. 64, 2. 31.

(2) Comme semble le faire M. Dalloz. *Rép.*, v° *Office*, n° 254.

envers lui que dans la mesure de son obligation envers le cédant (1) ». Dans ce cas, le débiteur cédé n'est pas plus en faute que l'acheteur de la créance et « on comprend que la balance ait pu pencher en faveur de la victime de l'usure » (2). Mais quand le signataire d'une contre-lettre se trouve en présence d'un tiers de bonne foi, l'ordre public ne peut exiger que le second soit puni et le premier récompensé. On nous répondra que le cessionnaire du supplément de prix pourra, comme tout cessionnaire de créance, agir en garantie contre le cédant. C'est exact ; mais d'abord, sa garantie qui peut n'être que la garantie de droit (art. 1693), surtout lorsque le tiers de bonne foi aura eu confiance dans la loyauté de son cédant, lui permettra dans ce cas d'être indemnisé seulement de toutes les pertes que le transport peut lui avoir occasionnées et ne lui donnera pas le gain sur lequel il pouvait légitimement compter, gain représenté par la différence existant entre la valeur nominale de la créance et le prix de cession de ladite créance. De plus, si le cédant est devenu insolvable depuis la cession de créance, il faudra donc que ce soit le cessionnaire qui supporte la perte ?

La jurisprudence, dit M. Dalloz (3), ne distingue pas s'il y a eu bonne ou mauvaise foi du tiers cessionnaire et autorise dans tous les cas l'acquéreur de l'office à invoquer la nullité du traité secret. Nous ne croyons pas que la doctrine de la jurisprudence soit si nette à cet égard. Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Rennes (4) refuse, sans faire de distinction, tout effet à la cession de créance

(1) Civ. cass., 2 mai 1853 ; D. 53, 1. 144.

(2) Perriquet, p. 286.

(3) *Rép.*, v^o *Office*.

(4) Rennes, 9 avril 1851 ; D. 53, 2. 208.

qui nous occupe ; mais nous voyons, d'une part, un arrêt de Lyon (1) permettant d'opposer la nullité du traité secret au cessionnaire du prix total, alors que celui-ci *agissait en connaissance de cause* ; — d'autre part, un arrêt de Paris (2) portant que la restitution des sommes payées en vertu de billets à ordre souscrits en augmentation du prix ostensible d'une cession d'office, peut être demandée au tiers porteur à qui les billets ont été payés, « si ces billets ne lui ont été transmis que par un endossement irrégulier et *s'il a connu les vices de la créance*. »

Les tribunaux font donc souvent état de la bonne ou de la mauvaise foi.

Si l'on veut trouver une véritable analogie dans la jurisprudence, il faut considérer celle qui s'est établie à l'égard des dettes de jeu. D'après l'art. 1963, la loi ne donne pas d'action pour une semblable dette ; le perdant peut opposer l'exception non seulement au gagnant, mais aussi au cessionnaire, pourvu, ajoute la jurisprudence, que celui-ci soit de mauvaise foi : la bonne foi protège donc les tiers contre l'exception. Pourquoi en serait-il autrement en matière de cessions d'offices (3) ?

Nous trouvons dans ces arrêts mêmes une réponse à l'objection formulée ainsi : « Cette décision (qui ne distingue ni bonne ni mauvaise foi) pouvait seule rendre impossible l'existence des traités secrets en matière de

(1) Lyon, 21 janvier 1847 ; S. 47, 2. 230.

(2) Paris, 8 décembre 1868 ; S. 69, 2. 182.

(3) *Civ., rej.*, 4 décembre 1854 ; S. 54, 1. 763 ; — *Cass. civ.*, 12 avril 1854 ; S. 54, 1. 313 ; — Paris, 14 août 1840 ; D. 42, 1. 247. — Bordeaux, 9 novembre 1863 ; D. 64, 2. 31. — *Cass.*, 8 juin 1864 ; D. 64, 1. 273. — Cf. Bédarride *Dol et Fraude*, nos 677 et 1309. — Aubry et Rau, § 359 bis.

cessions d'offices. On comprend parfaitement que si le transport des sommes stipulées dans ces traités avait été valable, il aurait toujours été possible d'assurer l'exécution des contre-lettres au moyen de transports fictifs. » Non, il n'est pas nécessaire, pour tarir la source des contre-lettres, de toujours faire supporter les conséquences de leur nullité par le cessionnaire, fut-il de bonne foi. D'abord, dans cette dernière hypothèse, où le tiers cessionnaire est de bonne foi, le débiteur du supplément de prix qui a été condamné à le payer a, contre le vendeur de l'office, une action en garantie pour l'indemniser de la perte que lui a causé le paiement d'une somme qu'il n'aurait pas versée si le créancier primitif n'avait pas cédé sa créance, de sorte qu'en définitive, l'ancien titulaire perd le bénéfice du traité secret, et cette éventualité nous semble une sanction suffisante pour empêcher l'exécution des contre-lettres et le transport des créances qui en résultent. Ensuite il serait bien difficile de faire des transports fictifs dont la fraude en cas de procès ne se trahisse par quelque endroit.

Enfin, même dans le cas où la jurisprudence, appliquant ce principe qu'on ne peut pas céder plus de droits qu'on en a, prononcerait indistinctement la nullité et autoriserait, en cas de bonne comme de mauvaise foi, la répétition contre le tiers cessionnaire de la créance, l'équité, croyons-nous, peut encore être sauvegardée. Supposons que la créance du supplément de prix, déguisée sous l'apparence d'un prêt d'argent, ait été transportée, puis signifiée au cédé ou acceptée par lui. Nous pensons que le fait d'avoir gardé le silence lors de la signification ou de l'acceptation constitue de la part du cédé une faute suffisante pour que le tiers cessionnaire

de bonne foi, forcé de restituer à cause de la nullité de la contre-lettre, puisse intenter contre le titulaire de l'office (cédé) l'action de l'article 1382 qui l'empêchera d'éprouver aucune perte. Cette action pourra être utile dans le cas où l'action en garantie contre le cédant ne donnerait aucun résultat à cause de son insolvabilité.

3^o *Cessionnaire du prix ostensible*. — Les arrêts sont unanimes pour déclarer que la nullité de la contre-lettre ne peut être opposée aux tiers cessionnaires du prix ostensible. Il en résulte certaines conséquences au point de vue de la compensation et de l'imputation des paiements.

A. Le droit qui appartient à l'acquéreur d'un office d'opposer au vendeur la compensation du supplément de prix par lui payé en exécution d'un traité secret, avec le prix ostensible, ne peut être exercé contre le cessionnaire de bonne foi de ce prix ostensible (1).

B. L'acquéreur de l'office ne peut imputer le supplément de prix sur le prix ostensible, alors du moins que la cession dudit prix a été faite, acceptée ou signifiée avant l'exécution de la contre-lettre (2).

Nous admettons même avec la Cour de Paris (3) et la Cour de cassation (4) que l'imputation ne pourrait être opposée au tiers de bonne foi, la signification eût-elle été postérieure au paiement.

L'article 1293 déclare, il est vrai, que dans ce cas on peut opposer la compensation des créances antérieures

(1) Cass., 12 décembre 1859; D. 60, 1. 129.

(2) Seine, 6 juillet 1844; D. 45, 4. 277; — Lyon, 24 août 1849; D. 50, 2. 36; — Req., 26 décembre 1848; S. 49, 1. 29. — Bourges, 5 juin 1852; D. 54, 2. 125.

(3) 22 mars 1859; D. 59, 2. 144.

(4) Req., 12 décembre 1859; D. 60, 1. 92.

à la signification. Mais, outre les motifs d'équité qui, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, s'opposent à ce que l'acheteur de l'office, complice de la fraude, en profite au détriment d'un tiers de bonne foi, le paiement du supplément de prix ne peut être opposé au cessionnaire du prix ostensible, parce que les paiements faits en vertu du traité secret, qui est une véritable contre-lettre, « ne peuvent pas plus être opposés au tiers que la contre-lettre elle-même » (1). C'est en vain que l'acheteur de l'office prétendrait ne pas invoquer la contre-lettre et fonder son action en répétition sur le seul *fait* du paiement : ce paiement est l'exécution, l'effet de la contre-lettre, et l'effet doit être considéré comme non avenu, aussi bien que la cause elle-même.

Toutes ces considérations ont fait appliquer la même règle d'équité aux créanciers du cédant agissant par voie de saisie-arrêt aux mains du cessionnaire de l'office. C'est ce que nous observerons dans l'espèce suivante. Le cessionnaire a fait un paiement en vertu d'une contre-lettre : les créanciers du cédant, ignorant cette contre-lettre et son exécution, font une saisie-arrêt aux mains dudit cessionnaire pour le montant du prix ostensible encore dû et le cessionnaire leur oppose la nullité du traité secret, afin d'imputer sur le prix ostensible la somme payée en vertu de la contre-lettre. La Chambre des Requêtes a jugé avec raison que l'exception de nullité n'est pas opposable aux créanciers du cédant qui sont des tiers de bonne foi dans la circonstance et a refusé d'admettre, en conséquence, l'imputation que prétendait faire le cessionnaire de l'office (2).

(1) Aubry et Rau, § 359 *bis*, note 58, article 1321.

(2) Req., 29 juin 1883 ; D. 84, 1. 228.

SECTION III

DURÉE DE L'ACTION

Quelle est la durée de l'action en nullité de la contre-lettre? Spécialement, la répétition étant admise pourra-t-elle s'exercer indéfiniment? Peut-elle être prescrite et par quel temps?

En présence des nombreuses demandes en répétition qu'avait provoquées la jurisprudence qui s'est formée vers 1837 en matière de contre-lettres, la question s'était posée de savoir si la prescription décennale de l'article 1304 du Code civil n'était pas applicable; car on serait ainsi arrivé à arrêter un grand nombre d'actions en restitution certainement peu conformes à l'équité, puisque, au moment où les conventions secrètes, causes des paiements, avaient été conclues, les deux parties avaient agi en connaissance de cause et étaient autorisées à croire qu'elles étaient civilement obligées.

Deux systèmes ont été soutenus sur la question : le premier appliquant à l'action en nullité et en répétition la prescription décennale; le second n'admettant que la prescription trentenaire. Nous allons les exposer successivement.

Premier système. — Prescription décennale.

Les arguments qu'invoquent les partisans de ce système ont été développés d'une façon très complète par Teyssier-Desfargès (1). Quels sont-ils ?

(1) Étude par M. Teyssier-Desfargès, avocat à la Cour de cassation, *Revue de droit français et étranger*, août 1846, p. 608 et sq.

Nous sommes en présence d'une obligation nulle comme ayant une cause illicite et contraire à l'ordre public ; obligation dont l'exécution, par conséquent, ne peut être demandée en justice et donne lieu à une restitution.

La question pourrait donc être généralisée et posée de la façon suivante : L'exécution d'une convention nulle comme ayant une cause illicite, ou contraire à l'ordre public, est-elle inattaquable après dix ans écoulés ?

Les partisans de l'affirmation prétendent que la présomption de l'article 1304 s'applique à toutes les causes de nullité possibles, nullités d'ordre public et nullités d'intérêt privé, et cela pour les raisons suivantes.

Dans notre ancien droit, les lettres de rescision étaient nécessaires lorsqu'on demandait l'annulation d'un contrat pour violence, dol ou minorité ; mais les tribunaux pouvaient cependant prononcer de leur propre autorité certaines nullités : nullités portées par les Ordonnances et les Coutumes, nullités reposant sur la violation des lois d'ordre public et des bonnes mœurs, nullités qui infectaient les testaments, toutes appelées nullités de plein droit par opposition aux nullités de rescision. — L'action en nullité se prescrivait par trente ans, l'action en rescision par dix ans ; mais, dans l'une comme dans l'autre action, le juge devait être saisi et prononcer la nullité ou rescision.

Par l'article 20 de la loi du 7 septembre 1790, l'Assemblée constituante abolit les lettres de rescision et assimila le cas de rescision au cas de nullité (article 21). — Le Code civil maintint l'assimilation établie par la loi de 1790 et confirma le principe que toutes les nullités doivent être prononcées par les tribunaux : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi

particulière, cette action dure dix ans. » Ces termes généraux, absolus, exempts de toute limitation, comprennent évidemment toutes les nullités, virtuelles ou textuelles, absolues et relatives, d'intérêt privé et d'ordre public. L'action ne diffère de celle de l'ancien droit que par la durée, réduite par le Code de trente à dix années pour tous les cas.

Les nullités *de plein droit* sont comprises dans l'article 1304. C'est ce que prouve l'article 502 (*in fine*) : « Tous les actes passés postérieurement (à l'interdiction) par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil seront nuls de droit (1). » Or, tout le monde admet que cette nullité est couverte quand dix ans se sont écoulés depuis la mainlevée de l'interdiction. — Après dix ans le juge ne peut plus prononcer cette nullité, qualifiée de plein droit parce que dans ce cas il n'a qu'à vérifier un fait matériel, et n'a pas à apprécier, comme dans les actes simplement annulables, les circonstances invoquées en faveur de la nullité (2).

Toutefois l'article 1304 doit être maintenu dans les limites que ses termes indiquent et sa prescription n'atteint pas les exceptions de nullité ou de rescision qui sont régies par la règle romaine : « *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* », car il est juste que la prescription ne commence contre l'exception que quand l'action a été intentée ; l'exception ne peut naître qu'après l'action.

Il est vrai que M. Jaubert, dans son rapport au Tribunal, déclare qu'une cause illicite vicie tellement la convention « qu'il n'y a pas de contrat ». On pourrait en

(1) Article 502, C. civ.

(2) Delvincourt, t. II, p. 598. Toullier, VII, n° 599.

conclure que les conventions ayant une cause illicite, sont non seulement annulables mais inexistantes, un pur néant, et que leur condition est régie par la maxime romaine : *Quod nullum est a principio nullo tractu temporis convalescere potest* (1). Les partisans de la prescription décennale pensent que cette manière de voir est inexacte et fondent leur opinion sur les raisons suivantes :

Quatre conditions sont essentielles à la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite. Ces conditions sont toutes également essentielles, puisque l'article 1108 ne fait pas de distinction. Or, le consentement, extorqué par violence ou surpris par dol, n'existe pas, c'est le néant. Le vice du consentement n'apparaîtra peut-être pas tout d'abord, mais dès qu'il sera prouvé, il sera clair qu'il n'y aura jamais eu contrat, « un contrat ayant pour élément primordial la parfaite liberté de ceux qu'il enchaîne ». De même, l'article 502 déclare les actes faits par un interdit « nuls de droit » ; peut-il y avoir une nullité plus complète ? Et pourtant ces actes, comme les conventions nulles pour vices de consentement, restent soumis à l'application de l'article 1304.

Pourquoi donc, quand l'article 1108 considère comme également indispensables les éléments qu'il indique, quand l'article 1304 embrasse par la généralité de ses termes toutes les conventions nulles, créer une distinction purement arbitraire et faire une classe à part d'obligations inexistantes pour cause illicite ? Comment justifier

(1) En ce sens. Duranton, t. X, p. 380 ; — Laurent, t. XVI, p. 213 ; — Marcadé, t. IV, p. 398 ; — Aubry et Rau, t. IV, § 345, note 17 ; — Demolombe, XXIV, n° 381 ; — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 854.

qu'une convention existe quand il n'y a pas de consentement, et qu'elle n'existe pas quand la cause en est illicite? L'ordre public qu'on invoque est aussi intéressé à ce que de malhonnêtes gens ne profitent pas de la faiblesse d'esprit d'un interdit qu'à la nullité absolue d'un traité secret en matière de cessions d'offices.

On dit encore que la prescription de dix ans repose sur une présomption de confirmation et que les conventions nulles comme ayant une cause illicite, telles que les contre-lettres, n'étant pas susceptibles d'être confirmées, ne peuvent être soumises à l'application de l'article 1304.

Il est hors de doute, répondent les partisans du premier système, que la prescription décennale repose sur une présomption de confirmation, comme la prescription trentenaire repose sur une présomption de paiement. Mais le lien par lequel on veut rattacher l'article 1304 à l'article 1338 est purement imaginaire. De ce qu'on peut ratifier les seules obligations annulables, il ne faut pas conclure que la prescription ne puisse atteindre même les obligations qui échappent à la ratification. On comprend que les parties ne puissent perpétuer par une ratification le vice originaire de la convention fondée sur une cause illicite, mais on comprend aussi que le législateur limite à un certain délai, pour assurer la stabilité nécessaire à l'ordre social, la faculté soit de réprimer le mal, soit d'anéantir les effets que le mal a produits, et c'est ce qu'il a fait dans l'article 1304 que les tribunaux devraient appliquer sans l'interpréter dans l'intérêt d'une cause ou d'un système.

Tels sont, en résumé, les arguments proposés à l'appui de la théorie qui juge l'article 1304 applicable aux actes nuls comme contraires à l'ordre public. Ils ont été réfutés d'une façon péremptoire dans une étude de

M. Ballot (1), dont nous nous inspirerons surtout dans les développements qui suivent.

Second système. — Prescription trentenaire.

Nous admettons que le Code ait adopté la théorie de l'ancien droit. M. Jaubert (2) le déclare en termes précis.

« Il était impossible de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés contrats et qui ne produisent jamais d'action, et les contrats qui ont contenu une obligation et conséquemment le principe d'une action, laquelle action peut être seulement repoussée par une exception. » Il y a donc un point certain, c'est que l'action unique de l'article 1304 a succédé à l'action en nullité et à l'action en rescision et doit avoir la même sphère d'application que ces deux actions réunies. Or, quelle était sur ce point la théorie de l'ancien droit ?

Si nous consultons Dunod (3) nous trouvons la distinction des nullités absolues et relatives nettement exprimée :

« Pour juger de l'effet d'une nullité, particulièrement en matière de prescription, il faut examiner la cause de la prohibition et si elle est fondée sur l'intérêt du public ou sur celui des particuliers... La nullité qui résulte de la prohibition en ce cas (intérêt public) est absolue, parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé, ni autorisé et qui ne produit aucun droit, ni action, ni exception... Il y a des auteurs qui estiment que des nullités absolues peuvent être prescri-

(1) *Revue de droit français et étranger*, année 1847, p. 21 et sq.

(2) Fenet, t. XII, p. 370.

(3) Dunod de Charnage, 3^e édition. Briasson, Paris 1774, p. 47, 1^{re} partie, c. VIII.

tes par l'espace de cent ans; Fachiné (1) les réfute et soutient qu'elles sont imprescriptibles : c'est l'opinion commune. »

Voilà pour les prohibitions d'ordre public. Si nous passons maintenant aux prohibitions fondées sur l'intérêt des particuliers, Dunod ajoute : « La prohibition produit en ce cas une nullité qu'on appelle *respective* parce que cette nullité est censée n'intéresser que celui en faveur de qui elle est prononcée ; c'est pourquoi il peut seul s'en prévaloir et la proposer... Telles sont les défenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens des mineurs, de contracter sans l'autorité du père, du curateur, du mari et autres semblables. »

« L'on ne révoque pas en doute que les nullités respectives se prescrivent par trente ans et qu'il n'y a plus d'avantage à les proposer après ce temps si ce n'est par voie d'exception. »

Au chapitre 12 (*Des choses imprescriptibles*), Dunod parle des cas où le droit civil fait obstacle à la prescription... « La troisième hypothèse (2) est lorsque la prohibition de la loi forme une nullité *absolue* qui peut être proposée par toutes sortes de personnes, parce qu'elle est fondée sur une chose publique et perpétuelle et qui n'est pas tirée de l'intérêt particulier de certaines personnes ou d'une qualité temporelle de certaines choses. *Cette nullité absolue empêche toute prescription.* »

Enfin au chapitre 8, Dunod déclare que les restitutions ont été conservées seulement en faveur de ceux qui ont une action, mais qui sont empêchés d'agir par une incapacité naturelle, tels que sont les mineurs. « Quant aux

(1) *Andræ Fachinæi controversiarum juris tomi tres*. Ingolstadt, 1600. L. VIII, cap. xxxiii.

(2) *Op. cit.*, p. 79.

rescisions, le délai de trente ans a été réduit à dix ans par un édit de juillet 1709, conformément à ceux qui avaient déjà été faits pour le royaume en cette matière. »

D'Argentré déclare qu'il y a des nullités résultant d'une prohibition perpétuelle, par exemple quand la chose est illicite et contre les bonnes mœurs. Toutes personnes peuvent arguer de la nullité de pareils titres; mais il y a des nullités qui ne sont que respectives et qui ne regardent que l'intérêt de ceux qu'elles blessent. « Il faut donc faire une grande attention aux différentes causes de nullité; celles qui regardent les bonnes mœurs et les causes honteuses peuvent être proposées *ab omnibus* et *non procedet præscriptio* (1) ».

Nous retrouvons les mêmes idées dans Guy Coquille, Louet, etc.

Il faut donc conclure que l'ancien droit distinguait : 1° des nullités *absolues* non susceptibles d'être convertes par la prescription, parce que, nous le répétons avec Dunod, la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend; 2° des nullités *respectives* parmi lesquelles on distingue les nullités de droit prévues par les lois, ordonnances et coutumes, prescrites par trente ans, et les nullités de rescision, prescrites par dix ans et ne pouvant être déclarées qu'en vertu de lettres de rescision.

Or, le législateur de 1804 a consacré cette distinction entre les actes n'ayant que l'apparence d'un contrat et ceux « qui contiennent une obligation; et conséquemment, le principe d'une action qui peut seulement être repoussée par une exception » (Jaubert); l'action en nullité ou en rescision ne s'applique qu'à ces derniers cas,

(1) *Coutume de Bretagne*, article CCLXXI, n° 12.

c'est-à-dire : 1° au cas d'incapacité; 2° au cas de vices du consentement, et cela pendant un délai désormais invariable et fixé à dix ans. Par conséquent, l'art. 1304 peut être lu ainsi : « Dans tous les cas (où il y a lieu d'invoquer une nullité relative) et où l'action n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ».

Les termes de l'article 502 ne sont pas, croyons-nous, inconciliables avec cette opinion, car la nullité de droit, de plein droit, ne s'identifie pas avec la nullité absolue; la nullité de l'art. 502 est une nullité *relative* établie dans un intérêt privé. Le législateur déclare que la nullité demandée en vertu de cette disposition devra être accordée par cela seul que le fait de l'interdiction sera constaté; mais il laisse la possibilité à l'interdit de rendre le contrat valide en laissant courir un délai de dix ans sans réclamation depuis la mainlevée de son interdiction, parce que lui seul peut savoir si, au moment où il a contracté, il avait le plein exercice de ses facultés. Il se peut, en effet, que malgré l'interdiction, il y ait eu contrat parfait, tandis que, lorsque la nullité est absolue, il n'y a jamais eu pour personne qu'une apparence de contrat et il ne peut y avoir autre chose. Or, ce qui est le néant doit toujours rester le néant.

Cette distinction, qualifiée d'arbitraire par les partisans du premier système, se justifie cependant par des raisons sérieuses.

Nous remarquons d'abord que c'est une erreur d'assimiler le défaut de consentement au consentement vicié qui n'en existe pas moins, quoique vicié. *Qui mavult, vult*, disait la loi romaine exprimant le principe qui est passé dans notre droit. Ensuite, nous relevons une différence importante entre le cas où la cause est illicite

et celui où le consentement est vicié, au point de vue des effets produits. Car, lorsque le consentement est vicié, le contrat est valable pour la partie qui a trompé ou violenté l'autre, en ce sens qu'il ne dépend pas d'elle de rompre l'engagement dont la validité est remise aux mains de la victime du dol ou de la violence. Celle-ci peut faire valoir la nullité « viscérale » de la convention ou lui reconnaître une existence juridique en laissant s'écouler le délai fixé pour l'attaquer, et passé lequel la nullité n'est plus recevable. Il n'y a qu'un des contractants de coupable et la loi le punit en le mettant à la discrétion de celui qui est innocent.

Dans le second cas (1), les deux parties sont toutes deux coupables dès l'origine de la convention ; elles se sont mises d'accord pour compromettre l'ordre public ; ce n'est plus l'intérêt de l'une ou de l'autre qui est en jeu, c'est l'intérêt social, et la validité du contrat ne doit pas être laissée à leur portée. Comment pourrait-il en être autrement ? Du moment où la loi édicte une peine contre le coupable, en le laissant à la merci de celui qui a subi la violence, ou le dol, quand un intérêt privé est seul en jeu ; elle doit, à plus forte raison, punir l'essai de convention qui blesse l'intérêt général et déclarer la nullité absolue ; or, ce qui est le néant aujourd'hui devra logiquement rester le néant, même après dix ans.

D'ailleurs, admettons qu'il n'y ait pas plus de contrat en cas de vices de consentement que dans l'hypothèse d'une cause illicite ; équitablement le sort de la convention devra être remis, dans les deux cas, aux mains de celui dont l'intérêt est en jeu.

La partie violentée ou trompée peut faire annuler le

(1) Lorsque la cause de la convention est illicite.

contrat ou le rendre valable selon qu'elle le jugera bon, et c'est pour cela qu'il faut un délai ; car, si l'action en rescision n'était pas prescriptible, la convention ne pourrait jamais être validée, puisqu'elle manque d'un élément essentiel ; et la partie intéressée ne pourrait nullement profiter des avantages qu'elle peut y trouver contre l'attente de celui qui l'a trompée. — Dans le second cas, le contrat doit être aux mains de la société qui est seule intéressée à son inexistence, et la société ne peut permettre que la convention qui doit lui nuire puisse jamais avoir une existence, puisque la cause illicite qui lui a servi de prétexte est par définition contraire à l'intérêt public. Le contrat doit donc être inexistant et indéfiniment tenu pour tel.

Non seulement il peut être attaqué à toute époque (1), mais tandis qu'en cas de vices du consentement la partie dont le consentement a été extorqué par violence ou surpris par dol peut seule agir, parce que le contrat n'est nul que *relativement* à elle ; lorsque l'intérêt social est en jeu tout intéressé peut agir (2).

La distinction n'est donc pas si arbitraire et découle même d'une logique rigoureuse.

En vain les partisans de la prescription décennale nous disent : « Le législateur est tout puissant et il a pu appliquer la prescription décennale même à des actes nuls. Sans doute, une convention illicite n'est pas susceptible de ratification par les parties, car elles ne feraient par cet acte que perpétuer le vice originaire ; mais la loi peut, dans un intérêt public, circonscrire dans un certain délai la faculté de réprimer un mal, déclarer

(1) Pendant trente ans, durée *maxima* des actions (2262 C. civ.)

(2) V. *suprà*, section I de notre chapitre : *Qui peut agir*.

une violation même d'ordre public couverte au bout d'un certain temps; c'est ce qu'elle a fait dans l'article 1304 du Code civil (1) »

Nous ne contestons point le pouvoir absolu du législateur, mais la question est de savoir s'il en a usé dans notre hypothèse. Il nous semble que non, et nous avons présenté à l'appui de notre opinion des considérations historiques et juridiques qui nous semblent convaincantes.

La thèse contraire conduit d'ailleurs à des résultats inadmissibles; car, une fois son principe admis, on doit le généraliser; le restreindre aux contre-lettres en matière de cessions d'offices est impossible, étant donné l'argumentation des partisans du premier système : « Ceux qui ont violé une prohibition d'ordre public ne peuvent, par une simple manifestation de leur volonté, effacer cette violation et s'absoudre de leur faute; mais le législateur, placé dans une position élevée d'où il domine et embrasse tous les intérêts, peut déclarer que cette violation, que cette faute seront couvertes au bout d'un certain temps et réputées non avenues ».

Par conséquent, qu'un pacte sur succession future intervienne, et que dix ans s'écoulent depuis l'exécution émanant de l'une des parties, le vice du contrat sera purgé et la convention inattaquable. Qu'un mariage entaché de bigamie ou d'inceste soit célébré, on ne pourra plus l'attaquer quand la période décennale de l'article 1304 sera accomplie. De telles conséquences doivent faire rejeter le principe.

Il a même été soutenu (2) que pour être logiques, les

(1) Teyssier-Desfarges, *loc. cit.*, p. 622.

(2) Ballot., *op. cit.*

partisans de la prescription décennale doivent en arriver à dire que si dix ans sont passés depuis que l'apparence de convention a été créée, la loi devra prêter main-forte à l'une des parties contre l'autre pour obtenir l'exécution, et cela parce que l'exception, dans notre droit, se prescrivant par le même temps que l'action, au bout de dix ans l'acte est validé et la partie qui y trouve son intérêt peut en réclamer l'exécution en justice.

Nous ne pensons pas que le système de la prescription décennale, si erroné qu'il soit, puisse entraîner pareille conséquence. Elle suppose en effet que notre droit actuel rejette la maxime romaine : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Nous pensons au contraire que les exceptions, sous l'empire du Code civil, sont toujours perpétuelles, aussi bien en matière de nullités absolues qu'en matière de nullités relatives.

Donc, même en admettant que la prescription de dix ans s'applique à notre hypothèse, le cessionnaire de l'office pourra opposer l'exception de nullité, tant que le cédant pourra le poursuivre en paiement du supplément de prix.

Ce qui a pu faire adopter l'opinion contraire, c'est que l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), par son article 84, restreignait à dix ans le temps pendant lequel on pouvait faire valoir, *tant en demandant qu'en défendant* les causes de rescision et même certaines causes de nullité. Mais Dumoulin disait de cette disposition qu'elle était inique, et il ne paraît pas qu'elle ait été rigoureusement appliquée dans l'ancien droit. « Tant que dure l'action, tant dure l'exception » dit Bretonnier (1). Dunod exprime la même opinion (2). Telle est

(1) Sur Henrys, t. II, question 61.

(2) Dunod, p. 206, 207.

donc la vraie doctrine de l'ancien droit : l'exception est perpétuelle.

Le Code civil l'a-t-il admise? L'article 1304 ne parle que des actions; l'article 2262 ne limite que la durée des actions : les exceptions sont passées sous silence. On ne peut en conclure qu'une chose, c'est qu'elles ne peuvent être prescrites. Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette discussion, dont M. Domolombe a développé tous les éléments (1).

Mais si nous pensons que les exceptions sont perpétuelles, nous n'en admettons pas moins le système qui refuse d'appliquer aux actions en nullité des contre-lettres la prescription décennale. Pour nous, le cessionnaire qui a indûment payé peut, au bout de dix ans comme le lendemain du paiement, répéter les sommes qu'il aura versées, de même qu'il peut repousser indéfiniment par une exception de nullité la demande d'exécution qui lui serait faite par le cédant. Nous admettrions même l'imprescriptibilité absolue de l'action en nullité si nous ne nous trouvions en présence du texte formel de l'article 2262 : « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. »

S'il y a eu paiement d'un supplément de prix, et que trente ans se soient écoulés sans réclamation du cessionnaire, aucune action ne pourra désormais être intentée. Ce n'est pas que la nullité ineffaçable du traité secret ait été couverte par un temps plus ou moins long; que la cause du paiement soit devenue licite; mais depuis le

(1) T. XXIX, n^{os} 136 et s.

jour où l'obligation de rendre est née à la charge du vendeur de l'office, trente ans sont passés; or, toute action personnelle est éteinte par la prescription trentenaire. L'officier ministériel qui a reçu le paiement échappe ainsi désormais à toute poursuite.

SECTION IV

DES FINS DE NON-RECEVOIR

Nous avons à examiner si certains faits ne constituent pas des fins de non-recevoir qu'on puisse invoquer contre l'action en nullité ou l'action en répétition. Ce sera l'objet des paragraphes suivants :

§ 1. *Exécution volontaire.*

§ 2. *Confirmation.*

§ 3. *Novation et délégation.*

§ 4. *Remise de la dette.*

§ 5. *Compensation.*

§ 6. *Chose jugée.*

§ 1. — Exécution volontaire

Nous avons vu que l'exécution volontaire, autrement dit le paiement de la somme fixée par la contre-lettre, n'empêche pas les tribunaux d'accorder la répétition. Les partisans de l'obligation naturelle refusent, en vertu de l'article 1235, d'admettre cette solution.

§ 2. — Confirmation

La confirmation expresse, même remplissant toutes les conditions exigées par l'article 1338, conditions prou-

vant que cette ratification a eu lieu en pleine connaissance de cause, ne saurait couvrir la nullité de la contre-lettre ; car cette nullité est absolue et l'article 1338 ne s'applique qu'aux obligations simplement annulables. La confirmation serait entachée du même vice que l'obligation elle-même.

§ 3. — Novation et délégation

La contre-lettre pourrait-elle servir de base à une novation ?

La doctrine estime en général qu'une obligation naturelle peut être novée et se trouver ainsi munie d'une sanction civile ; par conséquent, nous pensons avec les partisans de l'obligation naturelle que la contre-lettre pourrait servir de base à une novation. Mais, admettons avec la jurisprudence qu'il n'y ait ici ni obligation civile, ni obligation naturelle, ne peut-il même, dans ce cas, y avoir novation ?

Les tribunaux adoptent unanimement la négative : pour eux, la contre-lettre, acte illicite, n'engendrant aucune obligation, il ne peut être question de novation.

Nous l'admettons pour la novation par changement de dette : que le supplément de prix soit stipulé directement, qu'il soit déguisé au moyen d'une reconnaissance pour prêt ou de toute autre convention ayant une cause apparente licite, il y aura nullité et par suite lieu à répétition en cas de paiement.

Mais, dans le cas de novation par changement de débiteur, en cas de délégation parfaite, est-il vraiment juste de déclarer la nullité absolue. Il y a délégation parfaite quand un créancier accepte un nouveau débiteur en déchargeant l'ancien ; dans l'hypothèse qui nous occupe, le vendeur de l'office déléguerait à un de ses créanciers

qui l'accepte et lui donne décharge, le cessionnaire de l'office qui ne doit plus qu'un supplément de prix stipulé dans une contre-lettre. Ce dernier pourra-t-il refuser de payer le délégataire sous prétexte qu'il ne doit plus rien au délégant (vendeur de l'office)? Nous ne le croyons pas; car, pour que la délégation soit valable, il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du délégant; et, disent MM. Aubry et Rau (1), on ne peut faire aucun reproche au délégataire qui n'avait pas à s'inquiéter du point de savoir si le délégué était ou non débiteur du délégant. Il y a faute, au contraire, de la part du délégué qui a accepté la combinaison proposée par le vendeur de l'office, et cette faute ne peut nuire au délégataire de bonne foi.

Il y a plus de difficulté pour la novation par changement de créancier. Supposons que le cessionnaire de l'office, débiteur d'un supplément de prix, 10.000 francs par exemple, pour se libérer envers son vendeur qui est débiteur de pareille somme envers un tiers, s'engage à payer les 10.000 francs stipulés dans la contre-lettre, au tiers de bonne foi qui décharge le vendeur de l'office. L'acquéreur de l'office pourra-t-il, sur les poursuites du tiers de bonne foi, opposer la nullité résultant de son engagement primitif et invoquer le principe posé par la Cour de cassation, que la novation dont cet engagement a été l'objet participe de la même nullité? Car, pour qu'il y ait novation il faut une dette novée; si la dette novée n'existe pas, la seconde dette qui résulte de la novation est également inexistante. Nous avons examiné une question analogue à propos de la cession de créance qui ne diffère guère de la novation par changement de créan-

(1) T. IV, § 324, 1^o b.

cier qu'en ce qu'elle n'exige pas, comme cette dernière, le consentement exprès du débiteur. Nous pensons que le débiteur délégué, pas plus que le débiteur cédé, ne peut opposer au délégataire *de bonne foi* la nullité résultant de la contre-lettre. Car le délégué, telles sont la doctrine et la jurisprudence constantes, ne peut plus opposer au délégataire l'exception qu'il aurait pu opposer au délégant, se fût-il agi même de l'exception de dol. A plus forte raison, dans le cas spécial qui nous occupe, le délégué acquéreur de l'office, par conséquent complice de fraude, ne doit pas pouvoir opposer la nullité au délégataire de bonne foi. La question a un intérêt pratique dans le cas où le délégant serait devenu insolvable après la délégation; car s'il est demeuré solvable, peu importe (sauf la complication de la procédure) que les tribunaux déclarent que, la novation étant nulle, le délégataire doit avoir un recours pour se faire payer le capital dû et les frais qu'il a supportés par la faute du vendeur de l'office; ou que la délégation soit valable, sauf au cessionnaire à agir en répétition contre le cédant. Mais dans le cas spécial de l'insolvabilité du vendeur de l'office, il nous paraît équitable et conforme à la tradition que la délégation soit jugée valable. Les tribunaux ne paraissent cependant vouloir faire aucune distinction (1).

§ 4. — Remise de la dette

« La remise de la dette, dit M. Laurent, est une renonciation que le créancier fait à ses droits au profit du débiteur. D'ordinaire, on entend par remise un abandon gratuit de la créance fait par le créancier. » La remise

(1) Paris, 28 mars 1846, D. 46, 4. 332; — Rennes, 9 avril 1851, D. 53, 1. 208; — Cass., 10 mai 1854; D. 54, 1. 249; — *Contra*, Bourges, 5 janvier 1850, D. 52, 2. 38.

de la dette est donc une libéralité; et nous devons examiner si cette libéralité est permise au cessionnaire d'un office ministériel qui, ayant payé un supplément de prix, veut renoncer à l'action en répétition qui lui est accordée. La jurisprudence déclare que la nullité de la convention ne peut être couverte même par une renonciation formelle « que, maître de s'abstenir d'user contre son vendeur du droit de répétition, résultant pour lui de la nullité du traité secret, il ne peut, par une stipulation en faveur de ce vendeur, se dépouiller d'un droit qui lui était conservé, garanti par la loi, dans un intérêt d'ordre public (1) », et cela alors même que cette remise serait intervenue au moment où, le cessionnaire ayant vendu lui-même son office, l'ordre public n'est plus intéressé au maintien de l'action en répétition. Il nous semble que les tribunaux ont ici dépassé la mesure, en forçant le cessionnaire à rester créancier malgré lui; sur quel texte est donc fondée cette indisponibilité de la créance, cette incapacité de donner? quelle est la raison pour laquelle cette indisponibilité subsisterait alors même que le cessionnaire n'est plus officier ministériel? Il ne faut pas l'oublier, l'acheteur de l'office ne peut s'engager à payer une somme qui dépasse le prix porté au traité ostensible, parce qu'il est à craindre qu'un sacrifice pécuniaire trop lourd ne soit une source d'indélicatesses et de malversations; mais cette crainte cesse d'être justifiée le jour où le cessionnaire résigne son office. Par conséquent l'indisponibilité de la créance doit disparaître en même temps. « Aussi le meurtrier, l'incendiaire pourront obtenir de la victime ou de ses héritiers la remise de la dette

(1) Rouen, 26 décembre 1850, D. 51, 2. 83; — Civ., 19 avril 1852 D. 52, 1. 106; — Req., 5 novembre 1856; D. 56, 1. 398.

qui serait le résultat d'un crime, tandis que le cessionnaire d'un office, eût-il même contracté sous la jurisprudence de la Cour qui maintenait les contre-lettres portant stipulation du supplément de prix, ne pourrait voir aucun terme à l'action en répétition qui serait ouverte contre lui (1) ».

Aucune de ces considérations n'a été trouvée convaincante par les tribunaux; pour eux la remise de la dette, qu'elle porte sur l'action en nullité ou sur l'action en répétition, n'est liée qu'au seul *fait* du paiement, et est affectée de la même nullité que la contre-lettre, cause directe de ce paiement.

§ 5. — Compensation

La question de la compensation peut se poser dans plusieurs cas qu'il est facile de prévoir :

1° Le cédant à qui a été payé le prix ostensible et qui ne reste plus créancier que du supplément de prix dissimulé par une contre-lettre peut-il se dispenser de payer au cessionnaire une dette quelconque, sous prétexte qu'il est créancier d'une somme égale? Il est évident que dans ce cas, la compensation ne peut être invoquée, même si l'on admet que la contre-lettre produit une obligation naturelle, car l'obligation naturelle n'est jamais exigible, condition proposée comme essentielle à la compensation par l'article 1291 du Code civil. Le cédant devra donc être condamné à payer ce qu'il doit à son cessionnaire.

2° En revanche, le cédant qui a reçu le supplément de prix peut compenser la somme payée avec ce que lui doit le cessionnaire, par exemple avec ce qui reste dû sur le prix ostensible; car cette compensation implique de

(1) Dalloz, 1851, 2. 83, note.

La part du vendeur reconnaissance que l'indù paiement l'a constitué débiteur de son successeur. Loin d'être l'exécution de la convention secrète, cette compensation en suppose au contraire l'annulation; elle n'est qu'un mode de restitution. A la vérité, l'article 1293, § 1 du Code civil, déclare qu'il n'y a pas lieu à compensation, en cas de demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé; mais cette disposition, fondée sur la règle : *spoliatus ante omnia restituendus*, est édictée contre les voleurs ou contre les créanciers qui s'empareraient violemment ou par fraude d'une chose appartenant à leur débiteur pour se payer de leurs propres mains. Elle est complètement étrangère au cas de paiement de l'indù (1). Il faut, bien entendu, que les dettes compensées soient liquides et exigibles.

On s'est demandé s'il pouvait y avoir dans l'instance en restitution compensation des dépens. La Cour de Metz (2) a adopté la négative par les motifs suivants : Le traité secret, cause première du procès, constitue bien une faute commune, mais l'action en restitution n'aurait point été intentée si le cédant avait consenti à rendre de bonne grâce les sommes non comprises au traité ostensible : sa résistance a seule donné lieu à l'instance dont les frais doivent être supportés par lui seul, car le juge ne peut autoriser la compensation des dépens que lorsque le procès a eu lieu par la *faute des deux parties*.

Nous avons vu sous la rubrique : « A qui la nullité peut être opposée » que la compensation ne doit pas, au moins dans certains cas, être opposée aux tiers de bonne foi.

(1) Req., 30 janvier 1860; D. 60, 1. 306 et note; — Bourges, 5 juin 1852; D. 54, 2. 125; — Cass. civ., 5 août 1885; D. 86, 1. 167.

(2) Metz, 25 janvier 1865; D. 65, 2. 104.

§ 6. — Chose jugée

L'exception de chose jugée rend non-recevable l'action en nullité des contre-lettres, comme l'action en répétition des sommes indûment payées.

Un arrêt (1) nous en expose la raison : « Quel que soient les motifs, non d'intérêt privé, mais d'ordre public qui militent pour qu'en aucun cas les traités secrets en matière d'offices ne puissent avoir effet, cette grave considération ne doit pas entraîner à altérer l'autorité de la chose jugée ; à faire décider qu'après s'être, volontairement et sans entente collusoire, laissé condamner pour cette cause, on soit reçu à revenir longtemps après devant le juge et à lui demander à briser non de prétendus actes illicites, mais ses propres jugements, ce qui est bien différent. Rien ne peut prévaloir contre cette présomption légale : *Res judicata pro veritate accipitur*. »

On sait qu'il faut, pour que l'autorité de la chose jugée existe, que le jugement opposé soit définitif, et qu'il y ait entre les deux demandes en justice : 1° identité d'objet ; 2° identité de cause ; 3° identité de personnes et de qualités.

Mais le principe une fois posé il n'est pas toujours facile de résoudre la question de fait et de décider si l'espèce à apprécier présente les éléments de la chose jugée.

La jurisprudence a ainsi résolu les questions qui lui ont été soumises :

1° L'acquéreur qui s'est laissé condamner par un jugement passé en force de chose jugée, à l'exécution d'une transaction intervenue entre lui et son vendeur, sur le prix secret et dissimulé de l'office sans opposer la nullité de cette transaction, n'est pas recevable à répéter

(1) Cour de Bourges, 7 mai 1861 ; D. 62, 2. 112.

ce qu'il a payé en vertu de ce jugement. Ainsi l'a décidé la Cour de Bourges (arrêt cité). Il ne peut, dans ce cas y avoir aucun doute; dans la seconde, comme dans la première instance, l'objet est le supplément de prix, la cause est le traité secret, les parties sont les mêmes et agissent en la même qualité l'un de cédant, l'autre de cessionnaire de l'office.

2^o L'autorité de la chose jugée doit être également admise dans le cas où le vendeur de l'office, ayant obtenu sans contestation et sans aucune distinction entre le prix ostensible et le prix secret, une collocation définitive sur l'indemnité mise à la charge du successeur nommé du cessionnaire destitué, ce dernier agit en répétition contre son cédant. Objet, cause, personnes et qualités sont encore identiques (1).

Une espèce analogue a cependant été résolue par la Cour de Nancy dans un sens différent (2). Un officier ministériel, condamné par un premier jugement à verser le prix de son office, paie la somme portée au traité ostensible et en plus 10.000 francs en exécution d'une contre-lettre. Plus tard il réclame en justice la restitution de ces 10.000 francs. La Cour a admis la répétition par ce motif qu'il n'y a pas dans les deux instances identité d'objet; le premier tribunal, qui n'avait pas connaissance de la contre-lettre, n'ayant pu par suite condamner l'acheteur de l'office à en payer le montant. M. Dalloz prétend avec raison que cette solution peut soulever des objections. En effet, par le premier jugement, le cessionnaire s'était laissé condamner au paiement « du solde du prix de cession » sans opposer la compensation de

(1) Paris, 19 juin 1846; D. 47, 1. 7; — Req., 4 février 1850; D. 50, 1. 322.

(2) 27 janvier 1894; D. 95, 2. 93.

la somme versée en exécution de la contre-lettre, et c'est ce même solde de prix qui est remis en question sous forme d'action en répétition. Peu importe que les termes ne soient pas les mêmes; ce qu'il faut examiner, c'est l'objet de la demande, et il est bien difficile de soutenir qu'il n'ait pas été le même dans les deux cas. La question est en tous cas très délicate; pour la résoudre avec quelque certitude il faudrait avoir sous les yeux le texte de la décision du tribunal de Vouziers, attaquée dans l'espèce; car, dans toutes les questions de chose jugée, la question de fait a une importance capitale.

3^o La créance résultant du supplément de prix, dissimulée sous l'apparence d'un prêt, a été cédée à un tiers de bonne foi qui actionne l'acheteur de l'office en paiement et obtient une condamnation. Le titulaire paie et actionne à son tour son vendeur en répétition des sommes qu'il a payées en dehors du traité ostensible. Le vendeur de l'office propose l'exception de chose jugée; doit-elle être admise? Non, a déclaré la Cour de cassation (1); et avec raison, car il n'y a pas identité de cause et de parties.

A. Il n'y a pas identité de cause, car la première demande était fondée sur une convention de prêt, qui, tout en servant à dissimuler la contre-lettre, était vis-à-vis du premier demandeur la cause vraie de l'action.

La seconde action en paiement avait au contraire pour base le traité secret dont la nullité inopposable au tiers de bonne foi pouvait être invoquée contre le vendeur de l'office.

Dans le premier cas, la simulation ne devait pas être appréciée; dans le second cas, elle devait faire admettre la répétition.

(1) Civ., 8 juin 1864; D. 64, 1. 275.

B) Il n'y a pas identité de parties, car le cessionnaire de la créance n'était pas la même personne juridique que le vendeur de l'office, et sa bonne foi empêchait d'ailleurs qu'on fit valoir contre lui les exceptions nées du chef de ce dernier.

L'exception de chose jugée serait recevable, au contraire, si la condamnation emportant exécution de la convention simulée avait été prononcée au profit du vendeur de l'office lui-même ou d'un représentant de ce dernier, tel qu'un tiers de mauvaise foi qui aurait joué le rôle de prête-nom dans une cession qui ne serait qu'apparente.

Il résulte de l'examen des arrêts cités que les jugements de condamnation ne sont pas les seuls qui acquièrent l'autorité de la chose jugée ; les jugements ordonnant la collocation définitive dans un ordre ou une contribution du cédant ou de ses ayants-cause, produisent le même effet.

APPENDICE

DES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Il est nécessaire, en terminant ce chapitre, de dire quelques mots des actions en dommages et intérêts auxquelles peuvent donner lieu les contre-lettres en matière de cession d'offices. Nous avons à envisager deux hypothèses : car les dommages et intérêts peuvent être réclamés ou par le cessionnaire de l'office ou par le cédant.

1° *Action intentée par le cessionnaire.* — Si le cessionnaire demande, outre la restitution du supplément de prix qu'il a payé, une indemnité à son vendeur, cette indem-

nité devra lui être refusée, parce que le consentement qu'il a donné à la dissimulation du prix constitue de sa part un fait répréhensible. Ainsi l'a jugé, avec raison, la Cour de cassation (1).

2° *Action intentée par le cédant.* — Les tribunaux ont eu parfois à résoudre la difficulté suivante : Un cessionnaire d'office refuse d'exécuter une contre-lettre ou se fait restituer le supplément de prix payé en vertu de cette contre-lettre ; le cédant intente alors au concessionnaire une action en dommages-intérêts fondée sur ce motif qu'il subit un dommage du fait de son successeur, qui, aux termes de l'article 1382, est tenu de le réparer. Une jurisprudence constante (2) a déclaré non recevable l'action en indemnité intentée par le vendeur de l'office, même dans le cas où la contre-lettre aurait été passée uniquement dans l'intérêt du cessionnaire, par exemple pour lui éviter des frais d'enregistrement ; parce que : 1° l'action tendait à faire valoir un acte frappé de nullité ; 2° le dommage causé en pareil cas ne l'était pas sans droit et ne tombait pas, par conséquent, sous l'application de l'article 1382 du Code civil. Cette jurisprudence est une conséquence logique de la nullité qui atteint toute contre-lettre dans la matière qui nous occupe.

(1) Cass., 21 décembre 1853 ; S. 54, 1. 477.

(2) Bordeaux, 10 juin 1853 ; D. 55, 2. 322 ; — Cass., 28 mai 1856 ; D. 56, 1. 377.

CHAPITRE V

DE LA PREUVE DE LA CONTRE-LETTRE. — SES CONSÉQUENCES AU POINT DE VUE FISCAL ET DISCIPLINAIRE.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PREUVE DE LA CONTRE-LETTRE

La jurisprudence, considérant la dissimulation résultant du traité occulte (qu'il soit écrit ou simplement verbal) comme ayant pour but de faire une fraude à la loi, lui applique les règles de la preuve établies par l'article 1353 ; elle admet, par conséquent, lorsqu'il s'agit de prouver, soit l'existence de la contre-lettre, soit le fait du paiement exécuté en vertu de cette contre-lettre, que la preuve peut en être faite par témoins ou résulter de présomptions graves précises et concordantes. On objecterait en vain que, les parties ayant pu se procurer une preuve par écrit, on doit appliquer l'article 1341 aux termes duquel la preuve testimoniale, dans ce cas, n'est pas admissible. Nous répondrons que, s'il n'y a pas impossibilité matérielle à se procurer une preuve écrite, il y a au moins impossibilité morale ; car, au moment où les parties font la convention verbale qui constitue une fraude à la loi, elles ont l'intention de l'exécuter et de s'engager d'une façon qui a au moins une apparence de légalité ; si, au contraire, elles faisaient un acte écrit,

elles sauraient qu'elles ne s'engagent à rien, puisque cet acte serait nul de nullité radicale. L'article 1341 ne saurait donc s'appliquer ici (1).

La preuve peut être fournie par un tiers et même par une des parties : on ne peut opposer à celle-ci une fin de non-recevoir tirée de sa participation à l'acte frauduleux dans une matière d'ordre public où la preuve pourrait être ordonnée d'office par le tribunal (2).

Mais s'il s'agissait, au contraire, de prouver l'existence de la contre-lettre, soit pour en obtenir, soit pour en garantir l'exécution (3), aucune preuve ne pourrait être admise, aussi bien de la part d'un tiers que de la part de l'une des parties ; de quelque côté que vienne l'offre de preuve, elle devrait être rejetée, puisqu'il ne peut servir de rien de prouver une convention condamnée d'avance par la loi. Spécialement, dans le cas où il y a eu seulement une convention verbale, ni la preuve testimoniale ni les présomptions ne peuvent être admises. En effet, avant la loi du 23 juin 1841, on pouvait considérer comme valable la preuve par témoins d'un traité de cessions d'office ou de toute stipulation s'y rattachant lorsqu'il y avait commencement de preuve par écrit (4). Mais la loi de 1841 déclara formellement que tout traité ayant pour objet la transmission d'un office, de la clientèle, des mi-

(1) Marcadé, art. 1348, n° 4 ; — Aubry et Rau, t. VIII, p. 351-353, note 28 ; — Zachariæ, III, p. 527 ; — Larombière, art. 1348, n° 19.

(2) Nîmes, 17 mai 1847 ; D. 48, 2. 38 ; — Lyon, 17 novembre 1848 ; D. 49, 2. 164 ; — Civ. Cass., 9 janvier 1850 ; D. 50, 1. 46 ; — Agen, 21 mai 1852 ; D. 52, 5. 389 ; — Paris, 21 juillet 1860 ; P. 60, 984 ; — Civ., 22 mars 1853 ; D. 54, 5. 526 ; — Req., 24 février 1863 ; D. 63, 1. 236 ; — Bourges, 18 novembre 1890, D. 92, 2. 21 ; — Caen, 26 novembre 1895 ; S. 96. 2. 76.

(3) Poitiers, 12 décembre 1882 ; D. 83, 2. 101.

(4) D. Rép., v° Office, n° 193. Obligations, n° 4820, 2°.

nutes, répertoires, recouvrements et autres objets qui en dépendent, devrait être constaté par écrit et enregistré avant d'être produit à l'appui de la demande de nomination du successeur. Aussi un arrêt de Caen du 1^{er} juillet 1863, (1) a-t-il refusé d'admettre la preuve testimoniale ou les présomptions, même s'il y a commencement de preuve par écrit.

Mais si la preuve testimoniale est prohibée, que faut-il penser du serment? Par différentes circulaires du 5 février 1840, du 28 juin 1849, du 11 mai 1884, du 1^{er} mars 1890, relatives à la prohibition des contre-lettres en matière de cessions d'offices, M. le Garde des Sceaux, après avoir constaté que les traités secrets sont toujours usités et presque aussi fréquents malgré la nullité dont les frappe la jurisprudence, recommande aux chefs de Parquet de s'assurer que les parties s'en tiennent aux termes des traités proposés à l'agrément du pouvoir, par tous les moyens possibles, et spécialement en exigeant des contractants l'affirmation *expresse* que les conventions sont sincères et qu'elles n'ont été précédées ou suivies d'aucune contre-lettre; les contractants doivent être prévenus des conséquences rigoureuses auxquelles les exposerait toute déclaration mensongère (2).

Avant 1840, et depuis une époque qui semble très voisine de la loi de 1816, l'usage s'était introduit de faire prêter aux titulaires et à leurs successeurs le serment que le prix porté au traité ostensible était bien le prix véritable; mais cette mesure fut supprimée, parce que, comme sous l'ancien droit le serment de non-achat, elle présentait plus d'inconvénients que d'avantages (Circu-

(1) D., *Rép.*, v^o *Office*, n^o 40.

(2) Le Poittevin, p. 43, § 62.

laire de 1840). Aujourd'hui M. Greffier (1) pense que le procureur général peut encore demander le serment au futur titulaire : « Toutefois, dit-il, les magistrats n'en doivent faire usage qu'avec réserve et dans les cas rares et graves. » — « C'est une mesure dont l'usage est laissé à leur appréciation et à leur sagesse ; elle peut épargner aux candidats engagés dans une voie fâcheuse de dissimulation et de fraude d'amers regrets dans l'avenir. » Le serment ne peut donc être demandé que dans des cas très exceptionnels.

La circulaire du 21 février 1817 portait que les traités simulés devaient être dénoncés à la Chancellerie et suivis de la destitution des officiers qui les auraient produits. Cet ordre renouvelé dans toutes les instructions qui ont trait à la sincérité des traités, l'a été spécialement par la circulaire du 1^{er} mars 1890 : « Monsieur le Procureur général... si..., vous découvrez qu'un notaire s'est prêté à une dissimulation, vous ne devez pas hésiter à provoquer devant les tribunaux la destitution de cet officier public sans préjudice des autres mesures que comporteront les circonstances. »

Le Parquet doit donc exercer un contrôle très actif sur les contre-lettres qui, plus que jamais, sont rigoureusement interdites.

SECTION II

SANCTION FISCALE DE LA CONTRE-LETTRE

Toute contre-lettre en matière de cession d'offices ministériels est soumise à un droit perçu à titre d'a-

(1) P. 84.

mende. Nous aurons à examiner quel est le taux de cette amende; comment peut se faire la preuve, au point de vue fiscal, de l'acte simulé; contre qui les poursuites peuvent être exercées; pendant combien de temps l'amende peut être perçue.

§ 1^{er}. — Taux de l'amende

La loi du 25 juin 1841 fixe ainsi la somme que l'Enregistrement pourra exiger : « Lorsque la simulation du prix exprimé dans l'acte de cession à titre onéreux sera établie d'après des actes émanés des parties ou de l'autorité administrative ou judiciaire, il sera perçu, à titre d'amende, *un droit en sus de celui qui sera dû* sur la différence du prix ou d'évaluation. » Les parties, leurs héritiers ou ayants-cause sont solidaires pour le paiement de cette amende. La question se posait de savoir si cette disposition empêchait l'application de la loi du 22 frimaire an VII dont l'article 40 déclarait : « Toute contre-lettre faite sous signature privée, qui aurait pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous signature privée précédemment enregistré, est déclarée nulle et de nul effet. Néanmoins, lorsque l'existence en sera constatée, il y aura lieu d'exiger, à titre d'amende, une *somme triple du droit* qui aurait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi stipulées. »

Un conflit ne tarda pas à naître entre les tribunaux et la régie de l'enregistrement. Celle-ci prétendait exiger, outre le droit en sus de la loi de 1841, le triple droit de la loi de frimaire, élevant ainsi au quadruple une somme qui, d'après les termes de la disposition la plus récente, paraissait devoir être seulement le double du

droit qui eût été exigé en l'absence de simulation. Les tribunaux, au contraire, n'accordaient qu'un double droit, parce que la loi de 1844 suppose une simulation établie d'après des *actes* émanés des parties. Or, qu'est-ce qu'un acte émané des parties et prouvant qu'il y a eu simulation de prix, si ce n'est précisément une contre-lettre portant augmentation de la somme fixée au traité ostensible (1)? C'est donc précisément ce cas que le législateur a prévu; il a donc dérogé à la loi de frimaire en ne punissant la simulation que d'un droit en sus. S'il devait y avoir, comme le prétendait la Régie, quatre fois le droit en sus, ce serait une exagération qui ne pourrait résulter que d'une disposition absolument formelle.

L'administration, devant l'opposition constante de la jurisprudence, abandonna ses prétentions et déclara dans son instruction du 22 février 1854 qu'elle exigerait désormais un double droit seulement : « L'ensemble des dispositions de la loi du 25 juin 1844 fait voir que le législateur a entendu réglementer tout ce qui concerne la perception du droit d'enregistrement établi sur la transmission des offices. Les conditions d'exigibilité des droits, leur quotité, le mode de perception, les restitutions, les prescriptions et les peines, tout a été réglé par la loi de 1844. C'est aujourd'hui le code de la matière (2). » Depuis lors, la Régie n'a exigé qu'un droit double de celui qui aurait été perçu si la simulation n'avait pas eu lieu. Mais cette perception, remarquons-le, est faite, non à titre de droit de mutation, mais à titre d'amende qui peut être exigée même quand l'obli-

(1) Cf. Rigaud et Championnière, *Contrôleur de l'Enregistrement*, n° 6106.

(2) D. 54, 3. 56.

gation résultant de la contre-lettre a été déclarée nulle (1). Il suffit, pour qu'il y ait une amende, que la simulation soit constante. Les tribunaux ne font en cela que se conformer au principe posé par la Cour de cassation en matière de contre-lettres en général dans son arrêt du 13 novembre 1844.

§ 2. — Preuve

La loi de 1844 semble dire que la preuve de l'acte simulé, en ce qui concerne l'enregistrement du moins, peut résulter seulement « des actes émanés des parties ou de l'autorité administrative ou judiciaire ». L'instruction de la Régie du 15 juillet 1844 ajoute le mot « documents » au mot *actes*, seul contenu dans la loi; mais il n'en reste pas moins vrai que cette disposition indique suffisamment que la Régie ne serait pas admise à démontrer la fraude par le genre de preuves établi en matière ordinaire. Les préposés, ajoute l'instruction, s'appliqueront à la recherche des contraventions de l'espèce; mais aucune demande ne sera formée contre les parties, leurs héritiers ou ayants-cause qu'en vertu d'une autorisation du directeur du département, à qui les actes et documents établissant l'insuffisance du prix ou d'évaluation devront préalablement être soumis (2).

§ 3. — Qui peut être poursuivi?

« Les parties, leurs héritiers ou ayants-cause seront solidaires pour le paiement de cette amende » (art. 11 *in fine*). La loi ne semble prononcer la solidarité que pour le droit en sus; mais il ne s'ensuit pas, à con-

(1) Rethel, 19 août 1858; D, 59, 3. 8.

(2) *Contrôleur de l'Enregistrement*, n° 6106.

trario, que les parties ne soient pas solidaires pour le paiement du droit simple. « Il faut appliquer à cette matière le principe général d'après lequel toutes les parties qui ont concouru à l'acte sont indistinctement débitrices des droits auxquels il donne lieu » (1).

§ 4. — Prescription

Le double droit exigible sur les dissimulations de prix d'office est soumis à une prescription de deux ans qui court à compter de l'enregistrement des actes ou jugements où elle est clairement établie (2).

SECTION III

ACTION DISCIPLINAIRE

En même temps que les tribunaux reconnaissaient la nullité des contre-lettres et accordaient l'action en ré-pétition, ils considéraient la participation à un traité secret comme une faute pouvant donner lieu à des poursuites disciplinaires. On peut dire que l'action en nullité et l'action disciplinaire se sont développées parallèlement et sont aujourd'hui admises d'une façon constante et invariable par la jurisprudence (3).

(1) Garnier, *Rép.*, *Enregistrement*, n° 120, 66, 1^o. — En ce sens : Seine, 27 juillet 1867 ; — *Journal des notaires*, n° 19116 ; — Cass., 28 juillet 1868 ; — *Journal des notaires*, n° 19374.

(2) Garnier, n° 13067 ; Cass., 28 juillet 1868 précité.

(3) Pour la discipline, v. Rennes, 29 décembre 1839 ; — Saintes, 29 janvier 1840, sous arrêt précédent ; — Toulouse, 22 février 1840 ; P. 1840 ; — Rennes, 28 août 1841-1^{er} avril 1840 ; D. 41, 2. 219-239 ; — Rouen, 15 mai et 1^{er} juin 1841 ; D., *Rép.*, v^o *Office*, § 273 ; — Roanne, 5 août 1845 ; D. 45, 4. 375 ; — Rouen, 27 mai 1845, D. 45, 2. 153 ; —

Le premier arrêt qui admet les poursuites disciplinaires est un arrêt de Rennes (29 décembre 1839) qui annule un compromis et une sentence arbitrale prononcée sur l'exécution d'une contre-lettre, et dans lequel les juges donnent acte à M. l'avocat général de ses réserves à l'effet de poursuivre disciplinairement, en raison des actes annulés, l'officier ministériel coupable de dissimulation. Ce dernier, traduit devant le tribunal correctionnel de Nantes, fut renvoyé des fins de la plainte. Mais le procureur du roi fit appel et la Cour de Rennes, infirmant le premier jugement, condamna le notaire poursuivi (1) : « Attendu, dit l'arrêt, que les abus de confiance et les prévarications sans nombre dont se rendent coupables tant de notaires ont pour cause principale l'énormité du prix des offices... » C'est pour cette même raison que les traités secrets ont été annulés et que toutes les combinaisons ayant pour but l'augmentation du prix ostensible ont été traitées avec la rigueur que nous avons constatée.

Plusieurs objections ont été faites contre la jurisprudence qui autorise les poursuites disciplinaires. Elles peuvent se formuler ainsi :

a) Est-il possible de punir disciplinairement un officier ministériel pour un acte accompli avant son entrée en fonctions? C'est faire produire un effet rétroactif à la loi que de l'appliquer pour une faute commise avant

Orléans, 27 février 1846, D. 46, 2. 45; — Req., 19 août 1847: D. 48, 5. 104; — Civ. Cass., 30 juillet 1850; D. 50, 1. 216; — Req., 6 novembre 1850; D. 50, 1. 325; — Douai, 23 avril 1850; D. 54, 5. 523; — Civ., 24 août 1854; D. 54, 1. 321; — Bordeaux, 23 avril 1860; D. 60 5. 250; — Édouard Clerc, p. 287, t. I. — *Contrà*, 14 janvier 1840, Clermont sous Rennes, 29 décembre 1839, P. 1839.

(1) 1^{er} août 1840; D. 40, 2. 135.

l'époque où l'officier ministériel s'est trouvé soumis à un pouvoir disciplinaire.

b) Pour ce qui regarde le notariat, la loi du 25 ventôse an XI a fixé d'une manière limitative les faits qui peuvent motiver la suspension ou la destitution d'un notaire, et on ne peut pas, par extension, appliquer une peine aussi grave à des cas qui ne sont pas prévus par la loi précitée.

La jurisprudence a répondu, selon nous, avec raison, à ces arguments :

a) Il ne saurait être question ici de la rétroactivité de lois qui existaient bien avant les conventions attaquées, car les lois sur lesquelles on se fonde pour poursuivre disciplinairement sont la loi de 1816 et celle du 25 ventôse an XI sur l'organisation du notariat. De plus, le fait incriminé, quoique antérieur à la nomination de l'officier ministériel, a eu pour but et pour résultat de surprendre cette nomination et d'en assurer les bénéfices à son auteur ; dès lors, la fraude a été consommée par cette nomination même, s'est continuée pendant tout le temps de l'exercice des fonctions qu'elle conférerait et est, à ce titre, justiciable de la juridiction disciplinaire (1) La dissimulation d'une partie du prix de cession fait obstacle à ce que l'autorité puisse en pleine connaissance de cause accorder ou refuser son agrément, et il est nécessaire que le cessionnaire de l'office soit puni pour avoir entravé le libre exercice du pouvoir. Il importe à la société que celui qui sollicite des fonctions dont l'exercice exige au plus haut degré la probité et la délicatesse ne puisse impunément débiter par le mensonge et la fraude. D'ailleurs, il est difficile

(1) Req., 6 novembre 1850, précité.

que l'officier public n'ait pas eu, depuis sa nomination, l'occasion de se servir de la contre-lettre, et, dès lors, la question de rétroactivité ne saurait se poser.

b) Quant à l'objection tirée de l'énumération faite par la loi de ventôse qu'on prétend être limitative, elle ne nous semble pas à l'abri de toute attaque. On voit, en effet, en rapprochant la loi de ventôse et un arrêté du 2 nivôse an XII (1), que les articles 6, 16, 23, 26 et 33 de la loi précitée ne sont pas limitatifs, mais indiquent simplement, à titre d'exemples, des cas où l'action disciplinaire doit être mise en mouvement. D'ailleurs, pour nous, la question est nettement tranchée par l'ordonnance du 4 janvier 1843 qui, après avoir spécifié dans l'article 12 sept prohibitions, ajoute dans son article 13 : « Les contraventions aux prohibitions portées en l'article précédent seront, ainsi *que les autres infractions à la discipline*, poursuivies et punies selon la gravité des cas conformément à la loi du 25 ventôse an XI et à la présente ordonnance. » La loi n'a donc pas déterminé en termes exprès et précis tous les faits qui seraient de nature à être poursuivis disciplinairement ; et elle ne pouvait pas le faire, car il lui est impossible de prévoir toutes les hypothèses, toutes les fraudes dont elle pouvait être l'occasion. On peut donc admettre cette formule donnée par le Ministère public dans un réquisitoire du 5 mai 1845 : « Tout fait qui n'est ni un crime, ni un délit, ni même une contravention et qui échappe à ce titre à l'application de la loi pénale ordinaire, s'il inculpe cependant l'honneur et la délicatesse, doit donner lieu à l'action disciplinaire s'il a été commis par un magistrat, un

(1) Arrêté relatif à l'établissement et à l'organisation des Chambres de notaires.

avocat, un officier public » (1). Or il est évident, au moins d'après les principes admis par la jurisprudence, que le nouveau titulaire, qui a dissimulé une partie du traité de cession à l'autorité chargée de l'apprécier, a manqué aux règles de la délicatesse professionnelle; il est donc passible d'une peine disciplinaire. Certains arrêts ont, du reste, clairement indiqué que l'officier ministériel était en faute, non pas parce qu'il avait intenté une action en répétition des sommes indûment payées, ne faisant en cela qu'exercer un droit, mais parce qu'il avait dissimulé une partie du prix d'achat de son office (2).

Sauf deux arrêts (3) qui semblent ne faire aucune distinction, et poser en principe que la peine disciplinaire devra être appliquée sans avoir égard aux circonstances qui ont accompagné la contre-lettre, et sans examiner si elle a pour but d'augmenter ou diminuer le prix ostensible, la jurisprudence paraît, en général, vouloir proportionner la peine à la gravité de la faute et se guider dans son appréciation par les circonstances concomitantes, en retenant particulièrement celles qui sont de nature à prouver davantage l'improbité ou l'indélicatesse du nouveau titulaire : par exemple, si le concessionnaire a affirmé sur l'honneur, soit devant la Chambre des notaires, soit devant le Procureur de la République, qu'il n'a souscrit aucune obligation en dehors du traité officiel; s'il a apporté de la mauvaise foi dans ses rapports avec la veuve de son prédécesseur; s'il a employé des mensonges et des subterfuges pour dissimuler l'existence de la contre-lettre. Nous ajouterons même que ce sont ces indélicatesses que les tribunaux paraissent vouloir punir plutôt

(1) Pal. 1845, 1. 675.

(2) Cass., 30 juillet 1850; — Ch. civ., 24 août 1854, précités.

(3) Rouen, 27 mai 1845; — Bordeaux, 23 avril 1860, précités.

que la contre-lettre elle-même; « mais on sait à combien peu tient l'appréciation des circonstances, appréciation dont (comme nous l'avons dit) les Cours d'appel se sont elles-mêmes parfois dispensées » (1), et que la jurisprudence actuelle paraît vouloir écarter de plus en plus (2).

Les peines prononcées varient de la censure simple à la suspension d'une année et peuvent même aller jusqu'à la destitution (3).

Le cessionnaire est seul poursuivi, d'ordinaire, parce que les poursuites, ayant pour unique but de maintenir la discipline dans le corps auquel appartient l'officier traduit en justice, seraient inutiles si on les intentait contre celui qui a cessé d'en faire partie (4). Mais cette raison est la seule qui puisse paralyser l'action disciplinaire, et, quand elle disparaît, les poursuites restent opportunes. Par conséquent, le fait par un notaire d'insister auprès des aspirants qui veulent acquérir son office, pour qu'ils consentent à dissimuler une partie du prix, a été justement considéré comme un manquement à la délicatesse et aux devoirs professionnels qui le rend passible de peines disciplinaires, et cela, bien que ses propositions n'aient pas abouti. Le notaire démissionnaire peut même, jusqu'à la prestation du serment de son successeur, être poursuivi disciplinairement (5).

Pour les poursuites disciplinaires, la preuve peut être faite par tous les moyens possibles (6). « Il ne faut pas

(1) Perriquet, p. 303, § 337.

(2) Rouen, 15 mai 1841; 27 mai 1845; — Roanne, 5 août 1845; — Douai, 23 avril 1850.

(3) Orléans, 7 février 1846; — Req., 19 août 1847.

(4) Morin, *Discipline*, n° 663.

(5) Bordeaux, 27 avril 1857; D. 57, 2. 144; — Cour d'Orléans, 12 février 1896; *Journal du notariat*, 1896, p. 201.

(6) Le Poittevin, *loc. cit.*, p. 44.

s'étonner si l'action disciplinaire peut échapper aux règles de l'action civile et de l'action criminelle. Elle diffère essentiellement de l'une et de l'autre ; c'est une action plus large, plus délicate, qui repose sur une infinité de nuances que le législateur n'a pu définir et pour lesquelles il n'a pu que s'en rapporter à l'appréciation du juge » (Réquisitoire de M. le Procureur général Dupin) (1).

La sévérité parfois excessive dont sont empreintes les décisions des tribunaux en matière de contre-lettres montre clairement le but qu'ils s'efforcent d'atteindre et qui est de déjouer toutes les combinaisons au moyen desquelles les officiers ministériels pourraient paralyser et rendre inutile le contrôle de l'administration. Aussi pouvons-nous constater que cette sévérité s'exerce, non seulement lorsqu'un supplément de prix a été convenu par contre-lettre mais aussi lorsque le gouvernement a agréé le titulaire sur la foi d'états non sincères et, par suite, approuvé un prix trop élevé eu égard aux produits véritables de l'office. Dans ce cas, comme dans le cas de contre-lettres, les tribunaux réduisent invariablement le prix, sans examiner si le cessionnaire a connu ou non la fraude, et ordonnent la restitution du prix majoré avec intérêts à partir du versement de ce prix.

Cette jurisprudence, conforme aux instructions de la Chancellerie, est fondée, croyons-nous, sur deux motifs principaux. Le premier, mis en avant dans la plupart des

(1) Réquisitoire Dupin, Civ., 19 mai 1858 ; D. 58, 1. 271 ; — Cp. Agen, 21 mai 1852 ; S. 52, 1. 348 ; — Cass., 5 juillet 1858, S. 58, 1. 600 ; — Paris, 21 juillet 1860 ; S. 60, 2. 537 ; Cass., 24 février 1863 ; S. 63, 1. 183 ; 27 mars 1888, S. 88, 1. 366 ; — Bourges, 18 novembre 1890 ; S. 92, 2. 209.

jugements et arrêts que nous avons examinés, est que les citoyens sont intéressés à ce que les officiers ministériels n'achètent pas trop cher leurs offices; le second, c'est que l'État, pouvant viser à racheter un jour les offices, doit veiller à ce que le prix n'en soit pas laissé à l'entière liberté des contractants et qu'il soit maintenu dans de justes limites.

Nous ne pouvons qu'approuver l'intention de la jurisprudence, car son premier devoir est, en effet, de protéger l'intérêt des citoyens; mais il n'est pas douteux que, sous l'influence de désastres trop fréquents à certaines époques, elle ne se soit laissée entraîner trop loin. Qu'elle annule toute contre-lettre qui augmente les charges du cessionnaire de l'office ou qui ne procure à ce dernier aucun avantage évident, nous l'admettons; mais nous ne croyons pas qu'elle doive refuser tout effet au traité secret qui diminue purement et simplement le prix fixé par la Chancellerie.

Nous considérons, d'autre part, comme regrettable que les tribunaux autorisent la répétition : d'abord, parce que la contre-lettre engendrant, à notre avis, une obligation naturelle, la répétition devrait être repoussée par application de l'article 1235; ensuite, parce que la répétition n'atteint pas son but, par la faute des tribunaux qui, non contents d'annuler le contrat et son exécution, jugent que le fait de la dissimulation peut autoriser des poursuites disciplinaires.

Cette jurisprudence rigoureuse empêchera-t-elle qu'il y ait désormais des contre-lettres et des majorations de prix d'offices qui puissent amener la déconfiture des titulaires?

Nous voudrions le croire, mais le remède ne nous paraît pas très efficace. Il est permis de compter davan-

tage, pour éviter le retour de désastres financiers, sur les résultats qui pourront être obtenus grâce aux efforts, faits depuis quelque temps, pour que les officiers ministériels présentent les garanties de moralité, de science, de pratique des affaires pour lesquelles on ne saurait se montrer trop sévère.

Vu,

Le doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu,

Le Professeur, président de la thèse,

R. TOUTAIN.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION.

Pages.

HISTORIQUE. — ANCIEN DROIT : Édits. — Arrêts de règlements. — DROIT INTERMÉDIAIRE : Depuis la suppression des offices jusqu'à la loi du 28 avril 1816. — DROIT MODERNE : Loi de 1816 ; — Documents législatifs. 1-8

CHAPITRE PREMIER

DES CONTRE-LETTRES EN GÉNÉRAL.

SECTION I^{re}. — Qu'entend-on par contre-lettre en général ? — Caractères généraux. — Définition.

SECTION II. — Effets de la contre-lettre. — § 1^{er}. *Entre les parties*. — Difficulté soulevée à propos de la loi du 22 frimaire an VII. — § 2. *Vis-à-vis des tiers* — Sens du mot tiers dans l'article 1321. — Acquéreurs. — Créanciers hypothécaires. — *Quid* des créanciers chirographaires. — Application à une vente mobilière 9-15

CHAPITRE II

NULLITÉ DES CONTRE-LETTRES EN MATIÈRE DE CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

SECTION I^{re}. — Les contre-lettres produisent-elles une obligation civile ?

§ 1^{er}. *Nature du droit du titulaire d'un office*. — Propriété des offices. — Documents législatifs et parlementaires.

§ 2. *Théorie du droit de présentation*. — Rôle de l'État.

§ 3. *Controverse sur la validité des contre-lettres*.

1^{er} *Système*. — Les contre-lettres sont valables. — Qualités exigées par la loi de 1816. — Circulaires non obligatoires pour les tribunaux. — Circulaire du 5 février 1840. — Loi du 25 juin 1841. — Jurisprudence.

2^{me} *Système*. — Les contre-lettres sont nulles. — Esprit de la loi de 1816. — Pas d'arguments à tirer de la circulaire de 1840 et de la loi de 1841.

SECTION II. — Les contre-lettres produisent-elles une obligation naturelle? — Article 1235. — Intérêt au point de vue de la répétition, novation, cautionnement, transaction.

§ 1. *De la Répétition*. — Jurisprudence jusqu'en 1843. — Analogie avec les rentes féodales. — Jurisprudence actuelle. — Généralisation de la question. — Le droit romain ne peut fournir aucun élément d'appréciation. — Pothier; Domat. — Travaux préparatoires. — Objections tirées de l'article 1967; Bonne foi et équité. — Article 1133.

§ 2. *De la Novation*. — Renvoi.

§ 3. *Du Cautionnement*. — Jurisprudence.

§ 4. *De la Transaction*. — Jurisprudence. — Compromis. — Arbitrage.

SECTION III. — L'efficacité de la contre-lettre ne peut-elle être soutenue au nom de certaines maximes empruntées à la législation romaine?

Maximes romaines. — Motifs qui ont fait écarter leur application à notre espèce. — Question de principe.

A. La faute commune constitue-t-elle un obstacle à la répétition? Distinction de Paul et d'Ulpian, adoptée par Domat et Pothier. — Travaux préparatoires. — La distinction ne doit pas être admise. — Arrêt de 1844.

B. La maxime *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* paralyse-t-elle le droit d'invoquer la nullité de la contre-lettre? — Opinions de MM. Aubry et Rau, Laurent. — Notre droit n'admet plus ce principe.

Domage résultant du paiement. Inconvénients de la répétition en général 16-73

CHAPITRE III

Quelles conventions sont considérées comme contre-lettres?

Application de la nullité à tous les offices. — Objet de la dissimulation: contre-lettres augmentant le prix ostensible; diminuant le prix ostensible. — Jurisprudence qui les annule. —

	Pages
Dissimulations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux. — Exemples. — Conventions relatives aux recouvrements. — Clauses accessoires	73-92

CHAPITRE IV

Actions auxquelles peuvent donner lieu les contre-lettres, et spécialement de l'action en répétition.

SECTION I^{re}. — Distinction théorique. — *Objet de l'action* : a) Principal; b) Intérêts. — Possession de bonne et de mauvaise foi. — Règle générale. — Sens de l'article 1378 qui ne devrait pas être appliqué. — Présomption de mauvaise foi établie par les tribunaux. — Inconvénients du système adopté par la jurisprudence.

Action intentée contre les héritiers. — I. Paiement fait au cédant; répétition intentée contre son héritier. — II. Paiement fait à l'héritier du cédant et action en répétition.

Intérêts des intérêts. — Prescription.

SECTION II. — *Par qui et contre qui l'action peut être intentée.* —

§ 1^{er}. *Qui peut intenter l'action.* — Cessionnaire. — Tiers. — Caution. — Créanciers. — Ministère public.

§ 2. *Contre qui l'action peut être intentée.* — Tiers cessionnaires du prix total, du supplément de prix, du prix ostensible. — Compensation. — Imputation. — Créanciers du cédant agissant par voie de saisie-arrêt.

SECTION III. — *Durée de l'action.* — Deux systèmes.

1^{er} *Système.* — Prescription décennale de l'art. 1304. — Arguments tirés de la loi de 1790, du Code, art. 501, article 1108. — Réfutation. — Le Code a adopté la théorie de l'ancien droit : mais quel est-il? — Dunod. — D'Argentré. — Nullités absolues et respectives. — Nullités absolues et de plein droit. — Résultats du premier système.

2^e *Système.* — Prescription trentenaire. — *Quid* des exceptions?

SECTION IV. — *Des fins de non-recevoir.*

§ 1^{er}. *Exécution volontaire.* — § 2. *Confirmation.* — § 3. *Novation et délégation.* — Novation par changement de dette. — Dé-

légation parfaite. — Novation par changement de créancier. — Tiers de bonne foi. — Analogie avec la cession de créance.

§ 4. *Remise de la dette*. — Comparaisons.

§ 5. *Compensation*. — Imputation. — Compensation des dépens.

§ 6. *Chose jugée*. — Éléments de la chose jugée. — Application à différentes espèces.

APPENDICE. — Des actions en dommages-intérêts : de la part du cessionnaire, — de la part du cédant 93-139

CHAPITRE V

De la preuve de la contre-lettre. — Ses conséquences au point de vue fiscal et disciplinaire.

SECTION I^{re}. — De la preuve de la contre-lettre. — Preuve testimoniale. — Conditions pour que la preuve soit possible. — Du serment. — Est-il encore admis? — Instructions de la Chancellerie.

SECTION II. — Section fiscale de la contre-lettre.

§ 1^{er}. *Taux de l'amende*. — Jurisprudence actuelle. —

§ 2. *Preuve*. — Modes spéciaux au point de vue fiscal. — § 3. *Qui peut être poursuivi*. — § 4. *Prescription*.

SECTION III. — Action disciplinaire. — Jurisprudence. — Objections. — Réfutation. — Gravité des peines. — Contre qui elles peuvent être prononcées. — Caractères de l'action disciplinaire.

CONCLUSION. 153

